

ABWERBUNG VON ARBEITSKRÄFTEN

von

RUDOLF GUDDEN

aus Erlangen

E-N 1961

ABWERBUNG VON ARBEITSKRÄFTEN

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen - Nürnberg



vorgelegt von

RUDOLF GUDDEN

aus Erlangen

Approbiert am: 10. Juli 1961



Referent: Professor Dr. L. Schnorr von Carolsfeld

Dekan: Professor Dr. L. Schnorr von Carolsfeld

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	
Abkürzungsverzeichnis	

VI - XXI
XXII

Einführung	1
A) Die behandelten Vorgänge	1
B) Die Bedeutung der Abwerbung	1
C) Historische Hinweise	4
D) Geltende Spezialnormen	6

Erstes Kapitel:

Die Schutzbereiche der Generalklauseln unter dem Blickpunkt der Abwerbung.	9
--	---

A) § 1 UWG	9
------------	---

I.) Abwerbung als Wettbewerbshandlung	9
---------------------------------------	---

1.) Abwerbung als Handeln im geschäftlichen Verkehr	9
---	---

2.) Abwerbung und das Erfordernis der auf den Absatz bezogenen Wechselbezüglichkeit zwischen erstrebtem Vorteil und eintretendem Nachteil	10
---	----

a) Definition der Wettbewerbshandlung	10
---------------------------------------	----

b) Der Bezug auf den Absatz	11
-----------------------------	----

c) Die Wechselbezüglichkeit	11
-----------------------------	----

d) Verzicht auf das Erfordernis der Wechselbezüglichkeit?	13
---	----

3.) Abwerbung und § 13 Abs. 1 UWG	16
-----------------------------------	----

II.) Methode zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit der Abwerbung	17
--	----

1.) Die guten Sitten im Sinne von Konventionalnormen	17
--	----

2.) Anknüpfung der guten Sitten an sittliche Maßstäbe	20
---	----

3.) Subjektive Voraussetzungen	21
--------------------------------	----

a) Schadenersatzansprüche	22
---------------------------	----

b) Unterlassungsansprüche	23
---------------------------	----

B) § 826 BGB	24
C) Das Recht am Unternehmen unter dem Blickpunkt der Abwerbung	26
I.) Der Bestand dieses Rechts	27
II.) Abwerbung und die im Recht am Unternehmen geschützten Interessen	28
1.) Die Lehre	28
a) Die Interessen am Fortbestand der Arbeitsverhältnisse als solcher	31
b) Die Interessen an Werten, deren Träger Arbeitnehmer sind	32
2.) Die Rechtsprechung	34
3.) Die Unmittelbarkeit des Eingriffs	35
4.) Die Voraussetzungen einer Beeinträchtigung des Rechts am Unternehmen im einzelnen	38
a) Abwerbung und die Beeinträchtigung der Organisation	38
b) Abwerbung und der Verlust von Beziehungen	39
c) Abwerbung und die Beeinträchtigung von Unternehmensgeheimnissen	40
III.) Schranken des Rechts am Unternehmen	41
1.) Die durch das Prinzip der Interessenabwägung gezogene Schranke	41
2.) Beeinträchtigungen, die das Wirtschaftsleben seinem Wesen nach mit sich bringt	42
3.) Allgemeine Rechtfertigungsgründe	46
IV.) Subjektive Voraussetzungen	46
V.) Träger des Rechts am Unternehmen	46
D) Konkurrenzen	47

Zweites Kapitel:	
Die grundsätzliche Zulässigkeit der Abwerbung	50

Drittes Kapitel:	
Abwerbung unter Vertragsbruch des Arbeitnehmers	54
A) Verleitung zum Vertragsbruch	54
I.) Problem und Meinungsstand	54
II.) Stellungnahme	57
1.) Die grundsätzlichen Bedenken	57
2.) Die Interessenabwägung	59
III.) Die Abgrenzung zwischen Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung eines Vertragsbruches	64
B) Abwerbung unter Ausnutzung des Vertragsbruches des Arbeitnehmers	66
I.) Der Meinungsstand	66
II.) Stellungnahme	67
III.) Gutgläubige Einstellung	77
IV.) Stellungnahme zu einigen Einzelfällen	78
C) Doppelbeschäftigung	79
I.) Meinungsstand	79
II.) Stellungnahme	81
III.) Gutgläubig begründete Doppelbeschäftigung	83
D) Provokation fristloser Kündigung durch den Arbeitnehmer	84
 Viertes Kapitel:	
Einzelfälle der Abwerbung ohne Vertragsbruch des Arbeitnehmers	86
A) Überblick	86
B) Mittel der Abwerbung	88
I.) Bieten einmaliger Sondervergütungen	88
II.) Kündigungshilfe	89
III.) Unrichtige Angaben über den neuen Arbeitsplatz	91
IV.) Verleitung des derzeitigen Arbeitsverhältnisses	91

1.) Abfällige Urteile	92
2.) Herabsetzende, nicht erweislich wahre Tatsachen	93
3.) Mitteilung erweislich wahrer Tatsachen zum Nachteil des bisherigen Arbeitgebers	93
4.) Nachteilige Äußerungen und das Recht am Unternehmen	98
V.) Die Bedeutung der Initiative	99
VI.) Werbeprämien an Drittabwerber	100
VII.) Planmäßige Abwerbung	102
C) Zweck der Abwerbung	106
I.) Abwerbung zur Ausbeutung	107
1.) Abwerbung zur Kundengewinnung	107
a) Das Problem	107
b) Lösung unter dem Blickpunkt der Ver- leitung zum Vertragsbruch	109
c) Lösung aufgrund eigenständiger Interessenabwägung	111
d) Sonderfall	115
e) Abwerbung zur Kundengewinnung und das Recht am Unternehmen	115
2.) Abwerbung zur Erlangung von Unternehmens- geheimnissen	116
a) Das Problem	116
b) Lösung unter dem Gesichtspunkt einer Teilnahme an strafbarer Handlung des Arbeitnehmers	118
c) Lösung aufgrund eigenständiger Interessenabwägung	121
d) Abwerbung zur Geheimniserforschung und das Recht am Unternehmen	127
e) Abgrenzung	128
III.) Abwerbung zur Behinderung	128
D) Unbeabsichtigte Wirkungen der Abwerbung	130

Fünftes Kapitel:

Inhalt der Ansprüche aus rechtswidriger Abwerbung	136
A) Ziele und Ansprüche im Überblick	136
B) Unterbindung und Verhütung von Abwerbungsmaßnahmen	138
I.) Der Anspruch	138
II.) Besondere praktische Schwierigkeiten	139
C) Beschäftigungs- und Verwertungsverbote	140
I.) Beschäftigungsverbot	140
1.) Im Wege des Schadenersatzanspruchs	141
a) Die Voraussetzungen	141
b) Umfang des Beschäftigungsverbotes	142
c) Die Dauer des Beschäftigungsverbotes	144
d) Die Bedeutung der hypothetischen Schadensursache "rechtmäßiger Arbeitsplatzwechsel".	145
e) Beschäftigungsverbot und Beschäftigungsanspruch	149
2.) Im Wege des Unterlassungsanspruchs	151
II.) Verwertungsverbote	152
D) Der Anspruch auf Schadenersatz in Geld	152
I.) Der Anspruch und die ersatzfähigen Schäden	152
II.) Berechnung und Beweis	154
III.) Der Zeitraum, für den Schadenersatz verlangt werden kann	156
E) Einstweilige Verfügungen	158
 Schlußbemerkungen	 161
 Lebenslauf	

Literaturverzeichnis

- ALEXANDER-KATZ Günther, Wettbewerbscharakter und Wettbewerbszweck geschäftlicher Handlungen
NJW 54, 129 ff
- Moderne Fälle unlauteren Wettbewerbs
2. Auflage Berlin 1933
- anonym Folgen der Fluktuation für die Betriebe
Der Arbeitgeber 59, 377
- BAUMBACH Adolf siehe DUDEN
HEFERMEHL
LAUTERBACH
- BECHER Carl Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
2. Auflage München 1932
- BERNDT Fritz und DRAEGER Kurt Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
Stuttgart und Köln seit 1954
- BIFFAR Maria Die Kosten der Fluktuation
Der Arbeitgeber 59, 293
- BINDOKAT Heinz Mehrerlei Unrecht?
JZ 58, 553
- BLOCHWITZ Reinhard siehe RUDLOFF
- BOCK H. § 1 UWG in der Rechtsprechung des BGH
BB 58, 957
- BOEHMER Gustav Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung
1950/51 Tübingen
- BOTHE Werner Ernst Umfang und Kosten der Fluktuation, Vortrag, wiedergegeben in
Der Arbeitgeber 59, 256

- BRAUN W. Die Kosten der Fluktuation in Großbritannien
Der Arbeitgeber 59, 592
- BRECHER Fritz Das Unternehmen als Rechtsgegenstand
Bonn 1953
- BREMER Heinz Organisatorische Maßnahmen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen
DB 52, 798
- Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände
Die Abwerbung und der Arbeitsvertragsbruch von Arbeitnehmern in ihren rechtlichen Zusammenhängen
2. Auflage Köln 1958
- BUSSMANN Kurt in Bussmann-Droste, Werbung und Wettbewerb
Essen 1951

Unlauterer Wettbewerb bei neuen Werbemethoden
NJW 52, 684
- CALLMANN Rudolf Der unlautere Wettbewerb
2. Auflage Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
- DANCKELMANN Bernhard in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch
19. Auflage München-Berlin 1960
- DEGEN Fabrikspionage und Geheimnisverrat
MuW 27, 431

Die Bedeutung des § 826 BGB für den gewerblichen Rechtsschutz
GRUR 09, 137
- DEITERS Eva Zum Streit um den Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten im Wettbewerbsrecht
Jur. Diss. Köln 1934
- DENECKE Johannes in Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (BGB-RGRK),
Band II Teil 1
10. Auflage Berlin 1953
11. Auflage Berlin 1959

- DERSCH Hermann siehe Kaskel
Anm. zu BAG AP § 611 BGB Doppelar-
beitsverhältnis Nr. 1
- Deutscher Industrie- und Handelstag, Zur Frage, wann Abwerbung
unlauterer Wettbewerb ist
Mitteilungen der Industrie- und
Handelskammer Bochum 1956, 34
- DIEKHOF Ludwig Einstweilige Verfügung bei Vertrags-
bruch des Arbeitnehmers
AuR 56, 353
- DIETZ Rolf Die Pflicht des ehemaligen Beschäf-
tigten zur Verschwiegenheit über
Betriebsgeheimnisse
Festschrift für Hedemann, Jena 1938,
S. 330
- DIRKS Heinz Zur Psychologie der Abwerbung
DB 55, 1046
- DUDEN Konrad in Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch,
13. Auflage Berlin-München 1959
- DUNZ W. Das verkehrsrichtige Verhalten
NJW 60, 507
- DÜRIG Günter in Maunz-Dürig, Kommentar zum Grund-
gesetz
München-Berlin 1960
- EBEL Wilhelm Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht
im deutschen Mittelalter
Weimar 1934
- ENGELMANN Theodor in Staudinger-Engelmann, Bürgerliches
Gesetzbuch, Recht der Schuldverhält-
nisse
3. Teil, herausgegeben von K. Kober
und Fr. Keidel
9. Auflage München-Berlin-Leipzig
1929
- ENNECCERUS siehe LEHMANN und NIPPERDEY
- ESSLING Herbert Rechte des Arbeitgebers bei Arbeits-
vertragsbruch
DB 55, 1188

- FIKENTSCHER Wolfgang Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz
München und Berlin 1958
- FRÖHLER Ludwig in Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, Gewerbeordnung, 2. Band
11. Auflage Berlin-München 1956
- v. GAMM Otto Friedrich Freiherr Der "Gesamtatbestand" und die "besonderen Umstände" im Wettbewerbsrecht
WRP 58, 367
- GIESEKE Paul Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens (Alte und neue deutsche Rechtsprechung)
GRUR 50, 298
- GODIN Hans Freiherr von in Godin-Hoth, Wettbewerbsrecht Berlin 1957
Anm. zu RG JW 34, 2137 ff (Nr.8)
- GOERKE Heinz Abwerben von Personal
WRP 55, 12
- GRAMM Hans in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Auflage München und Berlin 1960
- GROS Paul Das Wettbewerbsverbot
AR-Blattei

Anm. zu BAG AR-Blattei, Wettbewerbsverbot, Entscheidung Nr. 9
- GRUB Abwerbung von Arbeitskräften
AR-Blattei

Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers
AR-Blattei
- GUMPERT Jobst Rechtsbehelfe gegen Abwerbung von Arbeitnehmern und Ausscheiden von Arbeitnehmern unter Vertragsbruch
BB 55, 964
- Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen, Abwerben von Arbeitskräften
Gutachten 4/1955, Bonn

- GÜTEBIER Friedrich-Wilhelm, Das Abwerben von Gefolgsleuten und ihre Verleitung zum Vertragsbruch und Geheimnisverrat
GRUR 38, 954
- HAAGER Karl in Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (BGB-RGRK)
Band 2 Teil 2
11. Auflage Berlin 1960
- HAMBURGER Max Anm. zu RG JW 31, 2238 (Nr. 10)
- HANS Wilhelm Abwerbung von Arbeitskräften
Jur. Diss. Köln 1958
- HEFERMEHL Wolfgang in Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
8. Auflage München und Berlin 1960
7. Auflage München und Berlin 1956
6. Auflage München und Berlin 1951

Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts
Festschrift für Nipperdey, München - Berlin 1955, S. 283

Anm. zu OLG Düsseldorf WuW 53, 234
- HERRMANN J. Verleitung zum Vertragsbruch
GRUR 55, 21
- HERSCHEL Wilhelm Kündigungsschutz zugunsten des Arbeitgebers?
BB 60, 105
- HERTZ Gustav Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den deutschen Rechtsquellen des Mittelalters

Gekrönte Preisschrift in Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, herausgegeben von Otto Gierke,
Breslau 1879
- HEYDRICH Matthias Ansprüche des Arbeitgebers gegen einen Dritten wegen Verletzung oder Abwerbung eines Arbeitnehmers nach deutschem, englischem und amerikanischem Recht
Jur. Diss. Köln 1958

- HEYDT Das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis
im Entwurf eines Gesetzes über das
Arbeitsverhältnis
GRUR 39, 228
- HUBMANN Heinrich Das Recht am Unternehmen
ZHR Band 117, 41 (1955)
- Das Persönlichkeitsrecht
Münster-Köln 1953
- Grundsätze der Interessenabwägung
AcP Band 155 (1956), S. 85
- Anm. zu BGH JZ 57, 753
- HUECK Alfred in Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Ar-
beitsrechts, Band I,
6. Auflage Berlin-Frankfurt 1959
- Der Treuegedanke im modernen Privat-
recht
Sitzungsberichte der Bayerischen
Akademie der Wissenschaften, 1947
(München)
- Anm. zu BGH AP § 60 HGB Wettbewerbs-
verbot Nr. 1
- Anm. zu LAG Magdeburg, ARS 35 LAG
S. 20
- Anm. zu LAG Hamburg, AP § 611 BGB,
Anspruch auf Arbeitsleistung Nr. 1
- Anm. zu LAG Bremen, AP § 611 BGB An-
spruch auf Arbeitsleistung Nr. 3
- JAERISCH Arbeitsvertragsbruch und Abwerbung
Neue Wirtschaftsbriefe Fach 26, 317
Herne und Berlin
- Arbeitsvertragsbruch und seine Be-
kämpfung
Arbeit und Sozialpolitik 56, 193
- KASKEL Walter in Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht
5. Auflage Berlin-Göttingen-Heidel-
berg 1957
- KINTING Karl Friedrich Der Begriff der Unlauterkeit im
Wettbewerbsrecht
Jur. Diss. Köln 1934

- KISS Géza Verleitung zur Vertragsverletzung
Festschrift für Ernst Zitelmann,
München-Leipzig 1913
- KOENIGS Folkmar Anspruch des Arbeitgebers auf Unter-
lassung anderweitiger Tätigkeit bei
Vertragsbruch des Arbeitnehmers
DB 55, 1064
- KOHLER Josef Der unlautere Wettbewerb
Berlin-Leipzig 1914
- KOHLHAMMER Richard Anm. zu OLG Jena JW 29, 1807
- KÖNNECKE Otto Rechtsgeschichte des Gesindes in
West- und Süddeutschland (in Arbei-
ten zum Handels-, Gewerbe- und Land-
wirtschaftsrecht, herausgegeben von
Ernst HEYMANN),
Marburg 1912
- KREBS Heinrich Gesetz über Arbeitsvermittlung und
Arbeitslosenversicherung
München-Berlin 1957
- LANDMANN-ROHMER-EYERMANN-FRÖHLER siehe FRÖHLER
- LARENZ Karl Lehrbuch des Schuldrechts
Band I (Allgemeiner Teil)
4. Auflage München-Berlin 1960

Band II (Besonderer Teil)
3. Auflage München-Berlin 1959
- LAUTERBACH Werner Der Arbeiter in Recht und Rechts-
praxis des Alten Testaments und des
Alten Orients
Heidelberg 1936 (theologische
Dissertation)
- LAUTERBACH Wolfgang in Baumbach-Lauterbach, Zivil-
prozeßordnung
25. Auflage München-Berlin 1958
- LEHMANN Heinrich in Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des
Schuldrechts
15. Auflage Tübingen 1958
- LINDENBERG C. Das Preußische Gesinderecht im Gel-
tungsbereiche der Gesindeordnung vom
8. November 1810
6. Auflage des gleichnamigen POSSELDT'-
schen Buches
Berlin 1901

- LINDENMAIER Fritz Das Recht am ausgeübten Gewerbebetrieb in der Rechtsprechung des BGH WuW 53, 592
- MAUNZ Theodor siehe DÜRIG
- MAUS Wilhelm Handbuch des Arbeitsrechts Frankfurt 1953
- MAY Erich Das verkehrsrichtige Verhalten NJW 58, 1262
- MEIN Heinz Der Anspruch des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Unterlassung anderweitiger Dienstleistung bei Vertragsbruch und seine Erzwingbarkeit RdA 56, 329
- MEISSINGER Treupflicht im Arbeitsrecht AR-Blattei
- MINTA Abwerbung - ein neues Schlagwort Soziale Sicherheit 55, 332
- MOLITOR Erich Arbeitspflicht AR-Blattei
- Anm. zu BAG AR-Blattei, Arbeitsvertrag
- Arbeitsverhältnis X Entscheidung 1
- NASTELSKI Karl in Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (BGB-RGRK), Band I Teil 2 11. Auflage Berlin 1960
- Der Schutz des Betriebsgeheimnisses GRUR 57, 1
- NERRETER Paul Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts Berlin 1936
- Anm. zu RG JW 38, 121
- NEUMANN Dirk in Staudinger-Nipperdey-Neumann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil 11. Auflage Berlin 1958

- NIESE Werner Streik und Strafrecht
 Tübingen 1954
- NIKISCH Arthur Arbeitsrecht, Band I
 2. Auflage Tübingen 1955
- Anm. zu ArbG Wetzlar AP § 611 BGB
 Anspruch auf Arbeitsleistung Nr.4
- Anm. zu LAG Kiel AP § 60 HGB Wett-
 bewerbsverbot Nr. 2
- NIPPERDEY Heinrich Carl in Enneccerus-Nipperdey, Allge-
 meiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
 15. Auflage
 1. Halbband Tübingen 1959
 2. Halbband Tübingen 1960
- in Staudinger-Nipperdey-Neumann,
 Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
 buch,
 Band II Teil 3
 11. Auflage Berlin 1958
- in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht
 Band II
 6. Auflage Berlin-Frankfurt 1957
- Boykott und freie Meinungsäußerung
 DVBl. 58, 445
- Die Ersatzansprüche für die Schäden,
 die durch den von den Gewerkschaf-
 ten gegen das geplante Betriebsver-
 fassungsgesetz geführten Streik vom
 27. bis 29.5. 1952 entstanden sind
 Köln 1953
- Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz,
 Fahrlässigkeit, Schuld im Zivil-
 recht
 NJW 57, 1777
- OEGG Friedrich in Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kom-
 mentar, herausgegeben von Reichsge-
 richtsräten und Bundesrichtern
 (BGB-RGRK),
 Band I, 10. Auflage Berlin 1953
- OEHMANN Arbeitsvertragsbruch
 AR-Blattei

PALME	Rechtsbehelfe gegen den Bruch von Arbeitsverträgen Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1956, 27
PAULSSEN Hans Constantin	Offener Brief, wiedergegeben in RdA 59, 338
POHLE Rudolf	siehe STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE
PREUSS Georg	Einflußnahme auf bestehende fremde Vertragsverhältnisse als unlauterer Wettbewerb, insbesondere Abdingen und Ausspannen in der Versicherungswirtschaft Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Dissertation (Maschinenschrift) Hamburg 1953
REICHEL Hans	Reverssystem und Außenseiter AcP 127 (1927), 257
REIMER Eduard	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 3. Auflage Köln-Berlin 1954
REWOLLE Hans Dietrich	Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber nach Arbeitsvertragsbruch BB 55, 103C
ROSENBERG Leo	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 8. Auflage München-Berlin 1960
ROSENTHAL Alfred	Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichengesetzes 7. Auflage Berlin 1928
RUDLOFF Georg	in Rudloff-Blochwitz, Das Recht des Wettbewerbs Berlin 1938
SAVAETE Eugen	Der Vertragsbruch beim gewerblichen Arbeits- und Lehrvertrag AuR 56, 5 und 33
SCHIPPEL Helmut	Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Berlin-Köln-München 1956

- SCHLESSMANN K. Der Vertragsbruch im Arbeitsvertragsrecht
Mensch und Arbeit 1958, 187
- SCHMIDT Reimer in Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Band I
9. Auflage Stuttgart 1959
Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht
NJW 58, 488
- SCHNORR VON CAROLSFELD Ludwig
Arbeitsrecht
2. Auflage Göttingen 1954
Zur Kündigung aus wichtigem Grund
RdA 58, 281
Probleme des internationalen Arbeitsrechts
RdA 58, 201
Die rechtlichen Grundsätze des Lehrlingsproblems
RdA 59, 206
Zur Arbeitsleistung im Rahmen von Gesellschaftsverhältnissen (in Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht), Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, München und Berlin 1959, S. 261
- SCHÖNHERR Wettbewerbs- und Markenrecht in Österreich
WRP 56, 40
- SCHRÖDER Georg in Schlegelberger, Geßler-Hefermehl-Hildebrand-Schröder, Handelsgesetzbuch
3. Auflage Berlin und Frankfurt 1955
- SCHWENNICKÉ Carl-Hubert Zur Fluktuation der Arbeitskräfte
Der Arbeitgeber 59, 588 und 616
- SEUBERT Richard Die zulässige vergleichende Werbung
BB 60, 965
- SIEBRECHT Valentin Handbuch der Arbeitsvermittlung und Berufsberatung
Stuttgart 1959

- SOERGEL-SIEBERT siehe SCHMIDT Reimer
- SPENGLER Albrecht Wettbewerb, Recht und Schranken, Leitfaden für die Praxis, 1957, in Blattei Handbuch der Rechts- und Wirtschaftspraxis, Forkel-Verlag Stuttgart, Gruppe 4, Wirtschaftsrecht
- SPRÜNGLI Hans Rudolf Der unlautere Wettbewerb, Grundzüge des Wettbewerbsrechts in rechtsvergleichender Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen von Frankreich, England, Deutschland und der Schweiz Zürich 1955
- STAUDINGER siehe NEUMANN und NIPPERDEY
siehe ENGELMANN
- STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band II (mit Ergänzungslieferungen) 17. Auflage Tübingen 1956
- STOLL Hans Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens JZ 58, 137
- STRITZKE Eindringen sozialer Gedanken in das Wettbewerbsrecht MuW 30, 386
- STURN Helmut Darf man Arbeitskräfte abwerben? Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1955, 390
- SUPPES Elisabeth Die Rechtsprechung des RG und des BGH über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb Jur. Diss. Freiburg 1956
- TETZNER Heinrich Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 2. Auflage Köln 1957
- VOGEL Hugo Maßnahmen zur Verhinderung der Abwerbung BB 60, 135

VOLLMER	Ann. zu BGH AP § 611 BGB Treupflicht Nr. 3
VÖLP Freimut	Probleme des Rechts am Gewerbebetrieb WuW 56, 31
WAGENER	Preis der Fluktuation Industriekurier vom 8.10.60, S.15
WEBER Rolf	Sicherungsmaßnahmen des Arbeitgebers gegen Abwerbung von Arbeitskräften Der Arbeitgeber 57, 426
WEHR E.	Die Abwerbung von Arbeitskräften Arbeit und Sozialpolitik 1958, 47
WEIMAR Wilhelm	Inwieweit kann der Arbeitgeber einen von ihm geförderten Arbeitnehmer an sich binden? AuR 55, 175
WELZEL Hans	Das deutsche Strafrecht 7. Auflage Berlin 1960 2. Auflage Berlin 1949
WÜRDINGER Hans	in Kommentar zum Handelsgesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, (HGB-RGRK), 2. Auflage Berlin 1953
WUSSOW Werner	Zur Lehre von der Sozialadäquanz NJW 58, 891
ZENTRALE zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.	an zahlreichen Stellen in Der Wettbewerb (Jahr und Seite)
ZITZLAFF Franz	Ausspannen von Arbeitnehmern und Kunden BB 51, 674

Zeitschriften, Entscheidungssammlungen, Sammelwerke

AcP	Archiv für die civilistische Praxis Tübingen, Band (Jahr) und Seite
Arbeit und Sozialpolitik,	Baden-Baden und Frankfurt (Jahr und Seite)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis, Nachschlage- werk des Bundesarbeitsgerichts, München
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei, Arbeitsrechtliches Nachschlagewerk, Stuttgart
ARS	Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichtes und des Reichs- ehrengerichtshofes, der Landesarbeitsge- richte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte, herausgegeben von DERSCH, HUECK, MANSFELD, MENDE, NIPPERDEY, VOLKMAR, Berlin
ARSt	Arbeitsrecht in Stichworten, herausgegeben von SCHMALTZ, Hamburg, (Band und Seite)
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für arbeits- rechtliche Praxis, Köln-Deutz (Jahr und Seite)
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, Berlin (Band und Seite)
BB	Der Betriebsberater, Heidelberg (Jahr und Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Köln (Band und Seite)
Blattei Handbuch der Rechts- und Wirtschaftspraxis,	Gruppe 4, Wirtschaftsrecht, Stuttgart
Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht,	Neuwied/Rhein (Jahr und Seite)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsge- richts, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes, Tübingen (Band und Seite)
DB	Der Betrieb, Düsseldorf (Jahr und Seite)
Der Arbeitgeber,	Düsseldorf (Jahr und Seite)

Der Wettbewerb,	Mitteilungsblatt der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., Frankfurt (Jahr und Seite)
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt, Köln (Jahr und Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Weinheim/Bergstraße (Jahr und Seite)
Industriekurier,	Unabhängige Zeitung für Politik, Wirtschaft und Technik, (Tag, Monat, Jahr und Seite)
Juristische Rundschau,	Berlin (Jahr und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift, Leipzig-Berlin (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung, Tübingen (Jahr und Seite)
Lindenmaier-Möhring,	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Hamburg (Jahr und Seite)
Mensch und Arbeit,	Zeitschrift für schöpferische Betriebsführung, München (Jahr und Seite)
MuW	Markenschutz und Wettbewerb, Berlin-Grunewald (Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München (Jahr und Seite)
OLGR	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, Leipzig (Band und Seite)
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichtes, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes, Berlin (Band und Seite)
RdA	Recht der Arbeit, München und Berlin (Jahr und Seite)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

- SAE Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen,
herausgegeben von der Bundesvereinigung
der Deutschen Arbeitgeberverbände, Düsseldorf (Jahr und Seite)
- Soziale Sicherheit, Zeitschrift für Sozialpolitik, Köln-Deutz
(Jahr und Seite)
- VersR Versicherungsrecht, Karlsruhe (Jahr und
Seite)
- Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung, herausgegeben von R. NAPP,
Bad Homburg v.d.H. (Jahr, Seite und
Nummer)
- WRP Wettbewerb in Recht und Praxis, Frankfurt
(Jahr und Seite)
- WuW Wirtschaft und Wettbewerb, Düsseldorf
(Jahr und Seite)
- ZHR Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
und Konkursrecht, Stuttgart, (Band und
Seite)

Abkürzungsverzeichnis

(siehe auch

Zeitschriften, Entscheidungssammlungen, Sammelwerke).

ArbG	Arbeitsgericht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayBS	Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts (Band und Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl. 195) mit späteren Änderungen
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH (GS)	Bundesgerichtshof (Großer Senat)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
FN	Fußnote
GewO	Gewerbeordnung für das Deutsche Reich vom 21. Juni 1869
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (BGBI. 1) vom 23.5.1949
GS	Preußische Gesetzssammlung, Berlin
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897 (Reichsgesetzblatt I, 219)
Jur. Diss.	Juristische Dissertation (Universität und Jahr)
Kap.	Kapitel
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RN	Randnote
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909 (Reichsgesetzblatt I, 499)

E i n f ü h r u n g

A) Die behandelten Vorgänge.

Das Schlagwort "Abwerbung von Arbeitskräften" kennzeichnet den Vorgang der Anwerbung von Arbeitskräften, die auf dem Arbeitsmarkt nicht frei verfügbar sind, sondern aus einem Arbeitsverhältnis herausgelöst werden müssen ¹⁾. Die hierbei zwischen den beteiligten Arbeitgebern entstehenden Rechtsbeziehungen bilden den Gegenstand der folgenden Untersuchungen.

Die Abwerbung tritt vielgestaltig auf. Sie dient meist der Gewinnung benötigter Arbeitskräfte. Mit dieser Zielsetzung wird sie in Zeiten einer Hochkonjunktur besonders aktuell. Sie kann aber auch auf Schwächung eines Konkurrenzunternehmens gerichtet sein oder die Eröffnung eines Zugangs zu Kunden oder Geschäftsgeheimnissen eines Konkurrenten bezwecken. In diesen Fällen trägt sie den Charakter wettbewerblicher Kampfmaßnahmen.

Die Mittel der Abwerbung reichen vom Bieten besserer Arbeitsbedingungen über die Aussetzung von "Kopfprämien" zu Täuschung und anderem. Die Herauslösung des Arbeitnehmers aus dem früheren Arbeitsverhältnis kann unter Vertragsbruch oder unter ordnungsmäßiger vertraglicher Abwicklung erfolgen.

B) Die Bedeutung der Abwerbung ²⁾.

Die derzeitige Hochkonjunktur in der Bundesrepublik hat zu einem fühlbaren Arbeitskräftemangel geführt. Eine weitere Ver-

-
- 1) Vgl. DIRKS, Zur Psychologie der Abwerbung, BB 55, 1946. Dieser Vorgang wird auch als Abspenstigmachen, Ausspannen, Ausmieten, Abdingen oder Wegengagieren bezeichnet.
 - 2) Vgl. HANS, Abwerbung von Arbeitskräften, Jur.Diss. Köln 1958 S. 12 mit weiteren Zitaten.

schärfung steht zu erwarten ¹⁾. Die geringe Elastizität des Arbeitsmarktes hat eine starke Fluktuation der Arbeitskräfte von einem Betrieb zum anderen zur Folge. Man spricht von 500.000 Arbeitsplätzen, die monatlich im Bundesgebiet gewechselt werden ²⁾. Man schätzt, daß die Fluktuation jährlich durchschnittlich 20 % der Belegschaftsmitglieder eines Betriebes erfaßt ³⁾. Ein gut Teil davon dürfte auf Abwerbung zurückzuführen sein ⁴⁾.

Das bedeutet erhebliche Belastungen für die Unternehmen und die Volkswirtschaft. In den eingearbeiteten Mitarbeitern sind wertvolle Kenntnisse und Erfahrungen verkörpert, die mit dem Ausscheiden der Arbeitnehmer den Betrieben verloren gehen. Die hierfür gemachten Aufwendungen erweisen sich als Fehlinvestitionen ⁵⁾. Jeder Arbeitsplatzwechsel verursacht Störungen im Betriebsablauf ⁶⁾. Auch bringt er beachtliche Unkosten mit sich ⁷⁾. So werden ungeachtet des dem neu eintretenden Mitarbeiter zu gewährenden Mehrentgelts die Kosten der Wiederbe-

-
- 1) Vgl. AR-Blattei, Aktuelle Kurzberichte Nr.2469 a und Nr.2704.
 - 2) AR-Blattei, Aktuelle Kurzberichte Nr. 2491.
 - 3) BOTHE, Umfang und Kosten der Fluktuation, Der Arbeitgeber 59, 256; SCHWENNICK, Zur Fluktuation der Arbeitskräfte, Der Arbeitgeber 59, 588 ff (591); vgl. auch Industriekurier vom 17.9.60 S. 8.
 - 4) HERSCHEL, Kündigungsschutz zugunsten der Arbeitgeber? BB 60, 105; VOGEL, Maßnahmen zur Verhinderung der Abwerbung, BB 60, 135. Nach einer Repräsentativerhebung der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung sollen 50,3 % der Kündigungen von Arbeitnehmern, 49,7 % von Arbeitgebern ausgesprochen worden sein, vgl. Industriekurier vom 17.9.60 S.8.
 - 5) Beispielsweise gibt die Badische Anilin- und Sodafabrik AG auf S.29 ihres Geschäftsberichtes für das Geschäftsjahr 1959 die Einarbeitungszeit für Kaufleute mit 2 Jahren an.
 - 6) Auf die erheblichen psychologischen Rückwirkungen der Abwerbung auf das Betriebsklima weist besonders DIRKS aaO., DB 55, 1046, hin; vgl. auch WAGENER, Preis der Fluktuation, Industriekurier vom 8.10.60 S. 15.
 - 7) HERSCHEL aaO., BB 60, 105. Man denke an die Kosten für Annoncen, Vorstellungsreisen, Umzug und ähnliches.

setzung eines frei gewordenen Arbeitsplatzes je nach Art in einer Höhe von 500.- bis 12.000.- DM geschätzt ¹⁾. Diese nur für tariflich entlohnte Arbeitnehmer geltenden Werte erhöhen sich für außertariflich bezahlte Spitzenkräfte wesentlich.

Die Wiederbesetzung eines frei gewordenen Arbeitsplatzes wird oft nur durch entsprechende Lohnzugeständnisse möglich sein. Diese lösen entsprechende Forderungen der anderen Belegschaftsmitglieder aus ²⁾. Auf der anderen Seite werden Betriebe, um dem Verlust von Mitarbeitern vorzubeugen, von sich aus schon günstigere Bedingungen einräumen müssen. Das wiederum provoziert erhöhte Angebote der Abwerbenden, die auf die Gewinnung von Mitarbeitern angewiesen sind. Die steigenden Lohnkosten müssen sich in den Preisen niederschlagen ³⁾. So hat die in größerem Umfang vorkommende Abwerbung eine inflationsfördernde Wirkung ⁴⁾. Die Tarif- und Sozialpolitik der Sozialpartner wird gestört ⁵⁾. Gelegentlich können auch kleinere Betriebe die steigenden Löhne nicht mithalten. Sie müssen stillgelegt

-
- 1) SCHWENNICKE aaO., Der Arbeitgeber 59, 616 ff (617); vgl. BOTHE aaO., Der Arbeitgeber 59, 256 ff (257); BIFFAR, Die Kosten der Fluktuation, Der Arbeitgeber 59, 293 ff; anonym, Folgen der Fluktuation für die Betriebe, Der Arbeitgeber 59, 377 f.
 - 2) DIRKS aaO., DB 55, 1046 f; vgl. WEHR, Die Abwerbung von Arbeitskräften, Arbeits- und Sozialpolitik 58, 47 ff (49).
 - 3) Vgl. PREUSS, Einflußnahme auf bestehende fremde Vertragsverhältnisse als unlauterer Wettbewerb, insbesondere Abdingen und Ausspannen in der Versicherungswirtschaft, rechts- und staatswissenschaftliche Diss. Hamburg 1952, S. 54.
 - 4) Vgl. PAULSEN, Offener Brief, wiedergegeben in RdA 59, 338 (unter I); vgl. auch Der Arbeitgeber 55, 458.
 - 5) GUMPERT, Rechtsbehelfe gegen Abwerbung von Arbeitnehmern und Ausscheiden von Arbeitnehmern unter Vertragsbruch, BB 55, 964 ff (967 unter E); ferner wie FN 4).

werden ¹⁾. Darin liegt für ärmere Gemeinden und Landstriche eine besondere Gefahr. Den verlockenden Angeboten aus glücklicheren Gegenden folgen gerade die unabhängigen, leistungsfähigen Bürger, während die Hilfsbedürftigen bleiben. In diese Richtung weist ein Fall, mit dem sich die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs zu befassen hatte ²⁾. In dem von ihr gewürdigten Fall hatte sich der Bürgermeister einer Gemeinde an die "Auspendler" seiner Gemeinde mit dem dringenden Appell gewandt, beim heimischen Unternehmen zu arbeiten, das keine Arbeitskräfte gewinnen konnte.

C) Historische Hinweise.

Das Problem der Abwerbung stellt sich nicht erst in unseren Tagen. Schon in der Bibel ist das ethische Gebot aufgestellt ³⁾:

"Laß Dich nicht gelüsten Deines Nächsten
Weibes, noch seines Knechts, noch
seiner Magd"

Aus dem Mittelalter sind zahlreiche Vorschriften der Städte und Länder überliefert, die die Lösung eines Dienstverhältnisses erschwert haben. Vielfach wurde der neue Dienstherr eines ordnungswidrig ausgeschiedenen Dienstverpflichteten be-

1) PAULSSEN, wie S. 3 FN 4); vgl. VOGEL aaO., BB 60, 135 (unter I am Ende); TETZNER, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage Köln 1957, § 1 UWG RN 145; Industriekurier vom 27.10.59 S. 6 und vom 17.9.60 S. 8.

2) Der Wettbewerb 57, 107.

3) Es handelt sich um das "Zehnte Gebot", 2.Mose 20, 17. Die im Hebräischen für Knecht und Magd gebrauchte Bezeichnung umfaßt alle Dienenden, also Sklaven, freie Arbeiter, Propheten, Gottesmänner, Krieger und die höchsten Staatsbeamten; vgl. LAUTERBACH, Die Arbeiter in Recht und Rechtspraxis des Alten Testaments und des Alten Orients, Heidelberger theologische Dissertation 1936, S. 4.

straft und zum Schadenersatz verpflichtet ¹⁾. Noch die Preußische Gesindeordnung vom 8.11.1810 bestimmte, daß ein Mietskontrakt sofort als ungültig aufzuheben sei, wenn jemand ein Gesinde ohne Nachweis rechtmäßiger Verlassung der vorigen Herrschaft aufgenommen hatte und die frühere Dienstherrschaft die Erfüllung des ihrerseits geschlossenen Vertrages forderte ²⁾.

In neuerer Zeit war nach der nicht mehr gültigen Arbeitsplatzwechselverordnung vom 1.9.1939 (RGBl. I, 1685) jeder Arbeitsplatzwechsel an die Zustimmung des Arbeitsamtes gebunden.

In § 5 der Anordnung gegen Arbeitsvertragsbruch und Abwerbung vom 20.7.1942 (Reichsarbeitsblatt I, 341) schließlich war unter Strafdrohung jede Handlung untersagt, die darauf abzielte, ein in ungekündigtem Beschäftigungsverhältnis stehendes Gefolgschaftsmitglied durch Anbieten höheren Lohns oder sonstiger günstigerer Arbeitsbedingungen von seinem Arbeitsplatz abzuwerben.

-
- 1) Vgl. insbesondere KÖNNECKE, Rechtsgeschichte des Gesindes in West- und Süddeutschland, Marburg 1912, S. 833 ff und die zahlreichen, auf S. 911 unter "Abspenstigmachen" angegebenen Stellen; vgl. ferner EBEL, Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht im deutschen Mittelalter, Weimar 1934, S. 25 ff (allgemein) und S. 55 f (für Seeleute); KOHLER, Der unlautere Wettbewerb, Berlin und Leipzig 1914, S. 274; HEYDRICH, Ansprüche des Arbeitgebers gegen einen Dritten wegen Verletzung und Abwerbung eines Arbeitnehmers nach deutschem, englischem und amerikanischem Recht, Jur. Diss. Köln 1958, S. 60; HERTZ, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den deutschen Rechtsquellen des Mittelalters, § 3 (S. 16 ff, Abdingung und Doppelverdingung), Breslau 1879, in Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, herausgegeben von Otto GIERKE.
- 2) §§ 9 bis 11 der Preußischen Gesindeordnung; vgl. LINDENBERG, Das Preußische Gesinderecht, 6. Auflage, Berlin 1901, S. 34 ff; CALLMANN, Der unlautere Wettbewerb, 2. Auflage Mannheim-Berlin-Leipzig 1932, § 1 UWG Anm. 89.

D) Geltende Spezialnormen.

Das geltende Recht bietet einige spezialgesetzliche Handhaben gegen den abwerbenden Arbeitgeber. So haftet nach § 125 GewO ein Arbeitgeber für den dem früheren Arbeitgeber entstandenen Schaden,

wenn der Arbeitgeber einen Gesellen oder Gehilfen verleitet, vor rechtmäßiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Arbeit zu verlassen, oder

wenn er einen Gesellen oder Gehilfen annimmt, von dem er weiß, daß derselbe einem anderen Arbeitgeber zur Arbeit noch verpflichtet ist, oder

wenn er einen Gesellen oder Gehilfen in der Beschäftigung behält, von dem er weiß, daß derselbe einem anderen Arbeitgeber noch zur Arbeit verpflichtet ist, sofern nicht seit der unrechtmäßigen Lösung des Arbeitsverhältnisses bereits 14 Tage verflossen sind.

Der § 125 GewO gilt für gewerbliche Arbeitnehmer, Heimarbeiter (§§ 125 Abs. 3, 119 b GewO), sowie für die technischen Angestellten, die Betriebsbeamten, Werkmeister und Techniker im Sinne der §§ 133 a ff GewO (§ 133 e GewO).

Anstelle des oft schwer nachweisbaren Schadens kann ohne Schadensnachweis gemäß § 124 b GewO eine Entschädigung bis zur Höhe eines Wochenlohnes gefordert werden. Diese Bestimmung findet jedoch keine Anwendung auf Arbeiter in Betrieben, in denen regelmäßig oder regelmäßig saisonal (§ 133 h GewO) mindestens 20 Arbeiter beschäftigt werden (§ 134 Satz 2 GewO).

Auf die Besonderheiten nach § 154 GewO für einzelne Gruppen von Arbeitnehmern kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden. Im übrigen muß auf das einschlägige Schrifttum verwie-

sen werden ¹⁾.

Auf andere als die genannten Gruppen von Arbeitnehmern ist § 125 GewO weder direkt noch analog ²⁾ anwendbar.

Mit § 125 GewO inhaltlich und beinahe auch wörtlich übereinstimmende Vorschriften für Bergleute enthalten das Bayerische Berggesetz vom 13.8.1910 ³⁾ in Art. 125 und das Allgemeine Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24.6.1865 ⁴⁾ in § 86.

Besonderheiten bieten die Rechtsverhältnisse der Lehrlinge. Sie müssen jedoch im Rahmen dieser Abhandlung außer Betracht bleiben ⁵⁾.

Abgesehen von den praktisch bedeutsamen Einschränkungen ihrer Anwendungsbereiche bieten die genannten Vorschriften nur gegen Abwerbung unter Vertragsbruch des gewerblichen Arbeitnehmers bzw. Bergmanns eine Handhabe, die zudem nicht besonders wirksam ist. Den zahlenmäßig überwiegenden Fällen der Abwerbung ohne Vertragsbruch des Arbeitnehmers kann mit diesen Vorschriften überhaupt nicht begegnet werden.

-
- 1) Vgl. insbesondere Landmann-Rohmer-Eyermann-FRÖHLER, Gewerbeordnung, 11. Auflage München und Berlin 1956, 2. Band, Ausführungen zu §§ 124 b, 125 GewO; SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen 1954, S. 331 f (unter d); HUECK-Nipperdey, Arbeitsrecht, 6. Auflage Berlin-Frankfurt 1959, Band I, S. 206.
 - 2) Landmann-Rohmer-Eyermann-FRÖHLER aaO., § 125 GewO Anm. 1; HUECK-Nipperdey aaO., S. 206 FN 14.
 - 3) BayBS IV, 136. 4) GS S. 705
 - 5) Vgl. §§ 76 ff HGB, §§ 126 ff GewO, §§ 21 ff Handwerksordnung vom 17.9.1953 (BGBl. I, 1411) mit späteren Änderungen. Vgl. SCHNORR VON CAROLSFELD, Die rechtlichen Grundsätze des Lehrlingsproblems, RdA 59, 206 ff (212 f) und Arbeitsrecht aaO., S. 332.

Ein Rückgriff auf allgemeine Bestimmungen ist daher unumgänglich.

In Betracht kommen Ansprüche aus § 1 UWG, § 826 BGB und § 823 Abs. 1 BGB (wegen Verletzung des Rechts am Unternehmen) ¹⁾. Die Anwendung dieser Normen bereitet wegen der weit gefaßten Tatbestandsmerkmale, wie etwa der Sittenwidrigkeit und der Wettbewerbshandlung, erhebliche Schwierigkeiten. Das gilt namentlich für das Recht am Unternehmen, das nach Inhalt und Grenzen keine gesetzliche Regelung erfahren hat ²⁾. Damit stellt sich zunächst die Aufgabe, die einzelnen Tatbestandsmerkmale unter dem Blickpunkt der Abwerbung genauer zu erfassen. Anschließend sind typische Formen der Abwerbung einer Würdigung zu unterziehen.

1) So soll in Anlehnung an HUBMANN, Das Recht am Unternehmen, ZHR 117, 41 ff, das üblicherweise "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" genannte Recht bezeichnet werden.

2) Vgl. Baumbach-HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Auflage München und Berlin 1960, Allgemeine Grundlagen RN 77 und 82.

Erstes Kapitel

Die Schutzbereiche der Generalklauseln unter dem Blickpunkt der Abwerbung

A) § 1 UWG

I.) Abwerbung als Wettbewerbshandlung

1.) Abwerbung als Handeln im geschäftlichen Verkehr

Die Anwendung des § 1 UWG setzt ein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus. Hierunter ist jede Tätigkeit zur Förderung eines beliebigen Geschäftszweckes, jede nach aussen in Erscheinung tretende Erwerbstätigkeit im weitesten Sinn zu verstehen ¹⁾. Es besteht keine Beschränkung auf die Gewerbetreibenden im Sinne der GewO und des HGB. Erfasst werden auch die Angehörigen freier Berufe ²⁾. Ausgeschlossen sind lediglich private ³⁾ und amtliche ⁴⁾ Betätigungen. Die Gewinnung eines Mitarbeiters dient in aller Regel beruflichen Zielen. Unter dem Blickpunkt dieses Tatbestandsmerkmals ergeben sich daher kaum Einschränkungen des Anwendungsbereiches oder Schwierigkeiten.

1) Baumbach-HERFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 120; TETZNER, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage Köln 1957, § 1 UWG RN 21.

2) Baumbach-HERFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 122; OLG Hamburg WRP 57, 199.

3) Der heute hochaktuelle "Wettbewerb" um Hausangestellte kann also § 1 UWG nicht verletzen.

4) Baumbach-HERFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 128; BGH GRUR 56, 216 ff (217).

- 2.) Abwerbung und das Erfordernis der auf den Absatz bezogenen Wechselbezüglichkeit zwischen erstrebtem Vorteil und eintretendem Nachteil.

a) Definition der Wettbewerbshandlung.

Soll § 1 UWG anwendbar sein, muß sich die Abwerbung weiterhin als Wettbewerbshandlung darstellen. Objektiv liegt eine solche in jedem Verhalten, das äußerlich geeignet ist, den Absatz eines Wettbewerbers zu fördern, wodurch notwendig der Absatz eines Mitbewerbers beeinträchtigt wird ^{1) 2) 3)}. Die hiermit geforderte Wechselbezüglichkeit kann nur dann vorliegen, wenn sich die Gewerbetreibenden um wenigstens teilweise übereinstimmende Abnehmerkreise bemühen ⁴⁾. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so steht der Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses grundsätzlich weder Branchenverschieden-

-
- 1) Grundlegend RGSt 58, 429 ff (430); Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 132; REIMER, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Auflage Köln und Berlin 1954, Kap. 75 RN 4 (S. 512); TETZNER aaO., § 1 UWG RN 25; GODIN-Hoth, Wettbewerbsrecht, Berlin 1957, § 1 UWG Anm. 11; CALLMANN aaO., S. 24 f; BGH GRUR 53, 293 ff.
- 2) Auch die Förderung künftigen Wettbewerbs genügt. Dieser muß nicht in bestimmter naher Zukunft zu erwarten sein (BGH GRUR 55, 342 ff).
- 3) FIKENTSCHER (Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958, S. 33) bemängelt an dieser Definition, daß der Wettbewerb unter Abnehmern nicht berücksichtigt werde, daß nicht klargestellt werde, daß die Gewerbetreibenden selbständig voneinander handeln müssen, und daß nichts über die Wettbewerbsmittel ausgesagt werde. Diese müßten nämlich derart sein, daß sie der Förderung des Wettbewerbs durch Einflußnahme auf Kunden dienten. Im übrigen reiche die herkömmliche Begriffsbestimmung aus, nicht unter § 1 UWG fallende Erscheinungen auszuschalten. Sie habe sich in der Praxis bewährt.
- 4) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 133; BGH GRUR 51, 283; RGZ 118, 133; RUDLOFF-BLOCHWITZ, Das Recht des Wettbewerbs, Berlin 1938, S. 55 f.

heit ¹⁾ noch die Zugehörigkeit zu verschiedenen Wirtschaftsstufen entgegen ²⁾. Zu fordern ist aber, daß im Einzelfalle wirklich des einen Wettbewerbers Absatz von dem des anderen abhängig ist.

b) Der Bezug auf den Absatz.

Das Überwechseln eines Arbeitnehmers zu einem anderen Arbeitgeber spielt sich häufig nicht unmittelbar in der Absatzsphäre ab. Unter diesem Gesichtspunkt könnten einer Anwendung des § 1 UWG auf Abwerbungsfälle Schranken gesetzt sein. Jedoch bildet die verfügbare Arbeitskraft stets, sei sie in der Produktion, sei sie im Vertrieb eingesetzt, eine wesentliche Voraussetzung für den Absatz. Das Überwechseln einer Arbeitskraft ist daher objektiv geeignet, sich vorteilhaft auf den Absatz des neuen und nachteilig auf den Absatz des früheren Arbeitgebers auszuwirken. Daraus folgt in Übereinstimmung mit der allgemeinen Meinung, daß die Abwerbung Wettbewerbsbehandlung sein kann ³⁾.

c) Die Wechselbezüglichkeit.

Nach der genannten Definition der Wettbewerbsbehandlung sind die zahlreichen Fälle der Abwerbung unter Arbeitgebern mit

-
- 1) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 134; HEFERMEHL, Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts, Festschrift für Nipperdey, München-Berlin 1955, S.283 ff (292).
 - 2) Vgl. Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 135; HEFERMEHL, Anwendungsbereich aaO., S. 292 f.
 - 3) Vgl. Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 234; RUDLOFF-BLOCHWITZ aaO., S. 57; CALLMANN aaO., § 1 UWG Anm. 90, der mißverständlich ausführt, die Anstellung von Angestellten sei überhaupt nicht an sich eine Wettbewerbsbehandlung; sie werde es erst durch die Verleitung zum Vertragsbruch.

verschiedenen Kundenkreisen einer Beurteilung nach § 1 UWG entzogen, da es hinsichtlich des Absatzes der beteiligten Arbeitgeber an der erforderlichen Wechselbeziehung fehlt. Aus gleichem Grunde können alle jene Fälle nicht an § 1 UWG gemessen werden, in denen die beteiligten Arbeitgeber sich zwar an örtlich überschneidende Kundenkreise wenden, aber derart verschiedene Leistungen anzubieten haben, daß der Absatz voneinander unabhängig ist, wie etwa der von Brot und Möbeln.

Die praktische Bedeutung dieses Problems zeigt sich besonders dann, wenn man berücksichtigt, daß Arbeitnehmer ihre Arbeitsleistungen sinnvoll für jeden branchengleichen oder branchenähnlichen Betrieb erbringen können. Darüber hinaus sind viele berufliche Tätigkeiten nicht einmal branchengebunden. So kann der Buchhalter seinem Beruf in den verschiedenartigsten Betrieben nachgehen. Auch die Bedienung von Rechenautomaten unterscheidet sich wenig danach, ob diese in Textilfabriken oder Fahrzeugunternehmen eingesetzt werden.

In diesen Fällen läßt sich eine Wettbewerbshandlung nicht damit begründen, daß man sagt, die Abwerbung beeinträchtigt den Absatz des betroffenen Arbeitgebers und fördere damit zugleich den seiner an der Abwerbung unbeteiligten Konkurrenten. Zwar kann nach allgemeiner Meinung ¹⁾ auch die Förderung fremden Absatzes eine Wettbewerbshandlung begründen; Voraussetzung ist aber eine hierauf gerichtete Absicht, wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt ²⁾. Hieran wird

1) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 137; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 26; BGH GRUR 53, 293 ff.

2) Herrschende Meinung und ständige Rechtsprechung; vgl. Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 136; GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 11 a; BOCK, § 1 UWG in der Rechtsprechung des BGH, BB 58, 957 ff (unter III 2b); BGH GRUR 57, 360 ff (361); a.A. REIMER, aaO., Kap. 57 RN 5 (S. 513 f); ALEXANDER-KATZ, Wettbewerbscharakter und Wettbewerbszweck geschäftlicher Handlungen, NJW 54, 129 ff (130, 132).

es in Fällen der genannten Art regelmäßig fehlen; denn ein Arbeitgeber wirbt nicht deshalb ab, um den Wettbewerb ihm meist unbekannter, jedenfalls aber völlig gleichgültiger Wettbewerber des Betroffenen zu fördern.

d) Verzicht auf das Erfordernis der Wechselbezüglichkeit?

Ansichts der heutigen Lage auf dem Arbeitsmarkt fragt es sich, ob man das Erfordernis der Wechselbezüglichkeit nicht fallen lassen und statt dessen den Kampf um die Arbeitskraft schlechthin als Wettbewerbshandlung ansehen soll. Diese bedeutsame Frage wird nur selten behandelt. Sie wird bejaht von v. GODIN ¹⁾. Dieser meint, daß es zu Zeiten eines beengten Arbeitsmarktes fraglos im landläufigen Sinn eine "Konkurrenz" der Unternehmer bei der Suche nach Arbeitskräften gäbe. Ein solcher Wettbewerb bewege sich im "geschäftlichen Verkehr" und um konkurrierende Interessen. Für die Frage der Zulässigkeit des Abdingens dürfe es daher nicht darauf ankommen, ob sich die Streitenden auch auf dem Gebiet des Warenabsatzes Konkurrenz machen. v. GODIN beruft sich hierbei auf Urteile des BGH ²⁾ und des LG Braunschweig ³⁾, die Ansätze zu dieser Auffassung enthielten.

Gegen eine derartige Ausdehnung des Anwendungsbereiches des § 1 UWG haben sich ohne nähere Begründung HANS ⁴⁾ und SPENGLER ⁵⁾ ausgesprochen. Nicht ganz klar ist der Hinweis von HEFERMEHL ⁶⁾, der ausführt, daß ein Wettbewerbsverhält-

1) GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm.15 und 11 a;

2) NJW.55, 1753 ff.

3) GRUR 55, 103 f.

4) aaO., S. 23.

5) Wettbewerb, Recht und Schranken, in Blattei Handbuch der Rechts-und Wirtschaftspraxis Gruppe4, Wirtschaftsrecht, 1957, S.17 (unter A II 2 a).

6) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 234.

nis auch bei Branchenverschiedenheit bestehen könne, da es oft um die Arbeitskraft schlechthin gehe. Der folgenden Bemerkung, wonach bei Fehlen eines Wettbewerbsverhältnisses zum Schutze des Betroffenen die §§ 823 Abs. 1, 826 BGB eingriffen, darf aber entnommen werden, daß auch HEFERMEHL das Bemühen um Arbeitskräfte nicht als stets wettbewerbsbegründend ansieht.

Die Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht direkt mit dieser Frage befaßt. In den von v. GODIN angezogenen Entscheidungen ging es um folgendes:

Im Urteil des LG Braunschweig ist ausgesprochen, daß das Mieten von Geschäftsräumen, um die sich ein Konkurrent ebenfalls bemühe, noch nicht unmittelbar eine Wettbewerbshandlung gegenüber dem Konkurrenten darstelle; eine solche solle vielmehr erst vorbereitet werden. Diese mittelbare Beziehung auf den Wettbewerb genüge jedoch schon zur Anwendung des § 1 UWG. Diesen Ausführungen muß entnommen werden, daß das gleichzeitige Bemühen mehrerer um dasselbe Ziel, hier das Mieten von Räumen, gerade noch kein Wettbewerbsverhältnis begründet. Zur Wettbewerbshandlung wird es erst dadurch, daß es, ebenso wie die Gewinnung von Arbeitskräften, der Vorbereitung einer auf den Absatz bezogenen nachfolgenden Wettbewerbshandlung dienen soll. Dieses Urteil spricht somit mehr gegen als für die Ansicht v. GODINS .

Der BGH hatte sich mit der Frage zu befassen, ob der Inhaber von Verlagsrechten gegen den Herausgeber einer Zeitung nach § 13 Abs. 1 UWG vorgehen kann. Der BGH ließ diese Frage dahinstehen, schien jedoch zu ihrer Bejahung geneigt. Er hat ausgeführt, das Klagerecht aus § 13 Abs. 1 UWG sei unabhängig davon, ob für die Parteien gleiche Abnehmerkreise in Betracht kämen. Dazu ist zu bemerken, daß § 13 Abs. 1 UWG den Gewerbetreibenden gleicher oder ähnlicher Branche ein Klagerecht geben will, das sie nach § 1 UWG nicht hätten. Die Be-

jahung eines Klagerechts aus § 13 Abs. 1 UWG besagt somit nichts über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 UWG hinsichtlich des Wettbewerbsverhältnisses. Auch die Entscheidung des BGH vermag daher die Ansicht v. GODINS nicht zu stützen. Einer späteren Entscheidung des BGH ¹⁾ läßt sich im Gegenteil entnehmen, daß dieses Gericht § 1 UWG wirklich nur dann für anwendbar hält, wenn sich Wettbewerber hinsichtlich des Absatzes gegenüberstehen. Der BGH hat nämlich unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung ²⁾ den Schutz der berühmten Marke gegen die sogenannte Verwässerungsgefahr wegen des fehlenden Wettbewerbsverhältnisses nicht mehr aus § 1 UWG, sondern aus bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen hergeleitet.

Das UWG will den wirtschaftlichen Wettbewerb gegen Auswüchse schützen ³⁾. Im wirtschaftlichen Wettbewerb geht es aber allein um die Kaufkraft des Kunden ⁴⁾. Nur diejenigen Gewerbetreibenden, die insoweit nach dem Gleichen streben, sind Wettbewerber ⁵⁾. Die Verfolgung eines anderen gemeinsamen Ziels fällt dagegen nicht in den Schutzbereich des UWG, der andernfalls eine uferlose Ausweitung erfahren würde. Nach UWG müßte sich dann sogar das Bemühen mehrerer auf Geschäftsreisen befindlicher Unternehmer, die weder gleiche Leistungen anbieten noch sich an dieselben Kunden wenden, um Parkplatz, Taxi oder Hotelzimmer beurteilt werden. Das kann nicht der Sinn des Gesetzes sein. So ist in dem zur Frage des Wettbewerbsverhältnisses nach wie vor grundlegenden Urteil des RG ⁶⁾

1) BGHZ 28, 320 (Quick-Glück).

2) BGHZ 19, 23 ff (27 / Magirus).

3) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Allgemeine Grundlagen RN 47 und 48.

4) HEFERMEHL, Anwendungsbereich aaO., S. 290.

5) wie FN 4).

6) RGSt 58, 429 ff (431).

ausdrücklich ausgesprochen, daß nur der Wettbewerb im Absatz ein Wettbewerbsverhältnis begründe. Zwischen Betrieben, die sich um nur einmal verfügbare Kohle als Betriebsmittel bezogen, beim Absatz ihrer Erzeugnisse aber nicht in Wettbewerb trafen, bestehe kein Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 1 UWG.

Wenn FIKENTSCHER ¹⁾ bemängelt, daß die herkömmliche Definition des Wettbewerbsverhältnisses den Wettbewerb unter Abnehmern nicht berücksichtige, so ist das dahin zu verstehen, daß Gewerbetreibende, die sich beim Absatz Wettbewerb bereiten, auch dort zu Wettbewerbszwecken handeln können, wo sie als Abnehmer auftreten, um die Voraussetzungen für ihren Absatz zu schaffen.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß für die Anwendung des § 1 UWG nicht auf das Erfordernis der Wechselbezüglichkeit verzichtet werden kann. Die Kundenkreise der beteiligten Arbeitgeber müssen sich also wenigstens teilweise überschneiden. Die angebotenen Leistungen müssen sich gegenseitig im Absatz behindern können.

3.) Abwerbung und § 13 Abs. 1 UWG

Nach § 13 Abs. 1 UWG kann der Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG von jedem Gewerbetreibenden gleicher oder ähnlicher Branche und von gewissen Verbänden geltend gemacht werden. Diese Bestimmung erweitert aber nicht den Kreis der Wettbewerber oder der Wettbewerbshandlungen. Sie gibt lediglich bei Vorliegen einer Wettbewerbshandlung bestimmten Gewerbetreibenden und Verbänden ein Klagerecht, die es als Nicht-Wettbewerber nach § 1 UWG nicht hätten.

1) aaO., S. 33; vgl. oben, S. 10 FN 3).

Im Rahmen dieser Abhandlung, die die Rechtsbeziehungen zwischen den an einer Abwerbung beteiligten Arbeitgebern zum Gegenstand hat, kommt § 13 Abs. 1 UWG keine Bedeutung zu. Besteht zwischen den beteiligten Arbeitgebern ein Wettbewerbsverhältnis, so stehen dem betroffenen Arbeitgeber unmittelbar die Rechte aus § 1 UWG zu. Fehlt es an einem Wettbewerbsverhältnis, so kann auch § 13 Abs. 1 UWG die Abwerbung nicht zu einer Wettbewerbshandlung machen.

II.) Methode zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit der Abwerbung.

Bemüht man sich um eine nähere Erfassung dessen, was im Sinne des § 1 UWG gegen die guten Sitten verstößt, so begegnet man erheblichen Schwierigkeiten. Die Praxis arbeitet mit der bekannten Formel ¹⁾:

Sittenwidrig ist, was dem Anstandsgefühl der verständigen und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden widerspricht.

Diese Formel läßt jedoch nicht erkennen, worauf das Anstandsgefühl bezogen sein soll.

1.) Die guten Sitten im Sinne von Konventionalnormen.

Eine Meinung knüpft an die Sitte im Sinne der Lebens- und Handelsgebräuche an. Diese versteht sie als Spielregeln,

1) Diese Formel stellt die wettbewerbliche Ausprägung der aus den Motiven zum BGB (Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888, Band II, S. 727) stammenden und in die Rechtsprechung des RG eingegangenen Bestimmung des allgemeinen Begriffs der guten Sitten dar. Dort heißt es, daß der Maßstab der guten Sitten dem herrschenden Volksebewußtsein zu entnehmen sei, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Vgl. RGZ 48, 114 ff (124); 80, 219 ff (221) und zahlreiche andere; vgl. ferner Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 48 und 53.

als stillschweigend entstandene, tatsächlich bestehende und als solche feststellbare Konventionalnormen ¹⁾. Sie führt in der Praxis häufig zu brauchbaren Ergebnissen.

Gegen diese Anknüpfung bestehen aber gewichtige Bedenken. Einmal werden Konventionalnormen häufig nicht - zumindest nicht eindeutig - feststellbar sein. Dann können feststellbare Sitten in Wirklichkeit Unsitten sein ²⁾, denen das Recht sicherlich nicht zur Durchsetzung verhelfen will. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß nur " g u t e " Sitten geschützt seien; denn damit stellt sich die Frage, woran das " g u t " orientiert sein soll ³⁾. Diese Schwierigkeiten werden auch von den Anhängern dieser Meinung nicht verkannt. Sie unterbreiten daher verschiedene Lösungsvorschläge. Alle Versuche müssen aber an einem Punkt enden, an dem ein Rückgreifen auf sittliche, ethische Grundlagen notwendig wird ⁴⁾. So fordert REIMER ⁵⁾ in Fällen, in denen eine Unsitte - woran diese erkennbar ist, bleibt offen - oder keine Sitte feststellbar ist, daß der Richter eine künftige Sitte gleichsam voraussehen soll. Daß diese Forderung ohne festen Bezugspunkt in einer die Rechtssicherheit befriedigenden Weise nicht erfüllbar ist, bedarf keiner weiteren Ausführung.

-
- 1) REIMER aaO., S. 501 im Anschluß an die dort zitierte Auffassung von KIRCHBERGER; KINTING, Der Begriff der Unlauterkeit im Wettbewerbsrecht, Jur.Diss. Köln 1934 S.58; DEITERS, Zum Streit um den Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten im Wettbewerbsrecht, Jur. Diss.Köln 1934 S. 40; vgl. ferner die Zitate bei FIKENTSCHER aaO., S.110.
 - 2) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 48.
 - 3) Vgl. FIKENTSCHER aaO., S. 110.
 - 4) FIKENTSCHER aaO., S.110; NERRETER, Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechts, Berlin 1936, S.32.
 - 5) aaO., S. 503.

Noch ein weiteres Bedenken besteht. Wären die guten Sitten im Sinne von Konventionalnormen zu verstehen, so wäre jedes Handeln außerhalb einer solchen Sitte rechtswidrig. Das hätte eine unserer Kultur- und Wirtschaftsauffassung mit ihrer starken Betonung der Freiheit der Persönlichkeit widersprechende Erstarrung des Wirtschaftslebens zur Folge ¹⁾. In diesem Zusammenhang wird mit Recht betont, daß nach Art. 2 Abs. 1 GG die allgemeine Freiheit durch das Sittengesetz eingeschränkt sei ²⁾. Dieses wird aber durch das s i t t l i c h e Bewußtsein unserer Rechtsgemeinschaft bestimmt ³⁾.

Damit ist erkennbar, daß die guten Sitten als Konventionalnormen verstanden keinen geeigneten Anknüpfungspunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit bilden. Ein Heranziehen sittlicher Maßstäbe ist unvermeidlich ⁴⁾. Eine ganz andere Frage ist es, inwieweit Konventionalnormen im Rahmen eines anderen Grundmaßstabes Bedeutung zukommt.

-
- 1) Vgl. Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 50 und Allgemeine Grundlagen RN 50; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 36; BUSSMANN, Unlauterer Wettbewerb bei neuen Werbemethoden, NJW 52, 684 ff (687).
 - 2) BOCK aaO., BB 58, 957 ff (960 unter 3a); FIKENTSCHER aaO., S. 109. Mit dieser Bemerkung soll nicht Stellung genommen werden zu dem Streit um die Drittwirkung der Grundrechte.
 - 3) Maunz-DÜRIG, Kommentar zum Grundgesetz, München und Berlin 1960, Art. 2 GG RN 16.
 - 4) Wie FN 1) und 2); ferner Enneccerus-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage Tübingen 1958, § 236 I (S. 955); Enneccerus-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Auflage, 2. Halbband, Tübingen 1960, § 191 I (besonders FN 5); HUECK, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften 1947, S. 8.

2.) Anknüpfung der guten Sitten an sittliche Maßstäbe.

Das Wesen der Sittlichkeit liegt in der subjektiven sittlichen Gesinnung. Das äußere Verhalten stellt sich als deren bloße Folge dar ¹⁾. Demgegenüber erstrebt das Wettbewerbsrecht die Unterbindung eines unlauteren äußeren Verhaltens, wobei die Abgrenzung des unlauteren vom lauterem Wettbewerb nach möglichst objektiven und einheitlichen Maßstäben erfolgen soll. Aus diesem Gegensatz könnten sich Bedenken gegen die an sich als notwendig erkannte Heranziehung sittlicher Maßstäbe zur Bestimmung der wettbewerbslichen Sittenwidrigkeit ergeben. Diese Bedenken sind jedoch nicht durchgreifend; denn das Recht kann den Geboten der Sittlichkeit unmittelbare rechtliche Bedeutung in dem sekundären Sinn zuweisen, daß grobe Verstöße gegen die anerkannten Mindestforderungen der Moral verboten sind ²⁾. Hierbei handelt es sich, wie das Bundesverfassungsgericht ³⁾ zu § 826 BGB ausgeführt hat, nicht um irgendwie vorgegebene, unveränderliche Prinzipien reiner Sittlichkeit, sondern um die Anschauungen der anständigen Leute davon, was sich im sozialen Verkehr gehört. Die Ermittlung des hiernach sozial Geforderten oder Untersagten muß sich an die grundsätzlichen Wertentscheidungen und sozialen Ordnungsprinzipien halten, wie sie besonders im Grundrechtsabschnitt der Verfassung niedergelegt sind.

Was sozial gefordert oder untersagt ist, muß eine auf den konkreten Sachverhalt bezogene, umfassende Interessenabwägung ergeben ⁴⁾, in die auch Gesichtspunkte der sozialen und wirtschaftlichen Vernunft einzubeziehen sind ⁵⁾. Demge-

1) Enneccerus-NIPPERDEY aaO., 1. Halbband Tübingen 1959, § 31 I (S. 202).

2) Wie FN 1), jedoch S. 203.

3) BVerfGE 7, 198 ff. (215 - "Lüth-Urteil").

4) Vgl. Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 71; SCHIPPEL, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Berlin-Köln-München 1956, S. 77.

5) FIKENTSCHER aaO., S. 111. Tagespolitische Anliegen müssen allerdings außer Betracht bleiben.

mäß müssen zunächst alle beteiligten Interessen herausgearbeitet und gewertet werden. Sodann ist aufgrund einer Gesamtwürdigung ¹⁾ die dem Interessenwiderstreit gemäße Lösung zu suchen. Auf diese ist der Achtungsanspruch der Belange der Beteiligten gerichtet. Seine gröbliche Mißachtung ist sittenwidrig ²⁾. Die Mißachtung kann darin liegen, daß der Wertunterschied es verbietet, das eine Interesse gegenüber anderen durchzusetzen; sie kann aber auch in der Art und Weise begründet sein, in der ein Interesse gegenüber an sich nicht höherwertigen verwirklicht wird.

In diesem Sinne kommt es für die Frage, ob und wann Abwerbung sittenwidrig ist, entscheidend auf eine Abwägung der Belange der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer an.

Wenn so der objektive Inhalt des Begriffs der Sittenwidrigkeit zu verstehen ist, so fragt sich, welche subjektiven Voraussetzungen vorliegen müssen, um den Tatbestand des § 1 UWG als erfüllt ansehen zu können.

3.) Subjektive Voraussetzungen.

Die subjektiven Voraussetzungen des § 1 UWG sind lebhaft umstritten. Es geht einmal um die Frage, ob für Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche aus § 1 UWG auf Seiten des Handelnden Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Tatsachen nötig ist; dann ist streitig, ob wenigstens für den Schadenersatzanspruch zu fordern ist, daß der Handelnde sich der Sittenwidrigkeit seines Tuns bewußt war oder hätte bewußt sein können. Im Rahmen dieser Abhandlung muß es bei

1) Vgl. Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 62.

2) HUBMANN, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 1956 S. 85 ff (87).

einem Hinweis auf den Meinungsstand bewenden. Einer Stellungnahme zu den schwierigen Problemen bedarf es nicht, da ihnen keine speziell abwerbungsrechtliche Bedeutung zukommt.

a) Schadenersatzansprüche.

Für den Schadenersatzanspruch fordern Kenntnis des Handelnden hinsichtlich der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände die Rechtsprechung ¹⁾ und die herrschende Meinung ²⁾. Diese Kenntnis soll schon dann gegeben sein, wenn der Handelnde mit dem Vorliegen solcher, die Sittenwidrigkeit begründender Umstände gerechnet und dennoch gehandelt hat. Dem soll gleich stehen der Fall, daß sich der Handelnde einer sich ihm aufdrängenden Kenntnis bewußt verschließt ³⁾.

Für den Schadenersatzanspruch ist nach BGH ⁴⁾ und HEFERMEHL ⁵⁾ neben der Tatbestandskenntnis zusätzlich erforderlich, daß

1) BGH GRUR 57, 219 und GRUR 56, 265; auch BOCK aaO., BB 58, 957 ff (962 unter III 4 b aa) mit weiteren Zitaten.

2) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 73 ff; REIMER aaO., 3. 505; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 55.

3) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 74; BGH GRUR 55, 411 ff (415 unter 5.). In GRUR 54, 163 hält es der BGH für sittenwidrig, wenn ein Wettbewerber unter Berufung auf eine ungesicherte Rechtsauffassung zum Vertragsbruch verleitet, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Verleitende die Unrichtigkeit der Rechtsauffassung gekannt habe. In dieser Entscheidung liegt kein Verzicht auf das Erfordernis der Tatbestandskenntnis; denn nach Auffassung des BGH begründete allein die Berufung auf eine ungesicherte Rechtsauffassung in Verbindung mit der Verleitung zum Vertragsbruch die Sittenwidrigkeit. Diesen Handlungsteil hat der Verletzer aber vorsätzlich, d.h. in Tatbestandskenntnis, verwirklicht.

4) BGHZ 27, 264 ff (273).

5) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 80.

der Handelnde sich des Sittenwidrigen seines Verhaltens bewußt oder fahrlässig nicht bewußt war ¹⁾. An diesem Verschulden soll es regelmäßig nur dann fehlen, wenn neue Tatbestände auftreten, für deren wettbewerbliche Beurteilung die Rechtsprechung noch keine festen Rechtsgrundsätze entwickelt hat ²⁾.

Nicht einmal Tatbestandskenntnis hält v.GODIN ³⁾ für den Schadenersatzanspruch für erforderlich. Von GODIN sieht aber den Unterschied nicht, den die herrschende Meinung zwischen Tatbestandskenntnis einerseits und Verschulden (= Bewußtsein der Sittenwidrigkeit) andererseits macht. Er mißversteht deshalb die herrschende Meinung. Überdies scheint er zu verkennen, daß Sittenwidrigkeit und Rechtswidrigkeit im Rahmen des § 1 UWG nicht auseinanderfallen können.

b) Unterlassungsansprüche.

Auch für den Unterlassungsanspruch fordern Rechtsprechung und ein Teil der Lehre, daß der Handelnde die die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände kennen muß ⁴⁾. Hiergegen wenden sich aber namhafte Autoren ⁵⁾, die für den Unterlassungsanspruch weder Tatbestandskenntnis noch Verschulden für notwendig halten. Sie führen für ihre Ansicht vorwiegend

-
- 1) Enneccerus-NIPPERDEY aaO., § 181 II b; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 157; a.A. wohl Enneccerus-LEHMANN aaO., § 236 II 3 c (S. 956).
 - 2) BGHZ 27, 264 ff (273); Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 80 (am Ende).
 - 3) In GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 10 b.
 - 4) Z.B. BGHZ 8, 387 ff (393); Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 73 und 79 zitiert weitere Entscheidungen (HEFERMEHL selbst ist a.A., vgl. FN 5); REIMER aaO., S. 505 f; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 55.
 - 5) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 75; NERRETER aaO., S. 48; GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 10.

praktische Erwägungen ins Feld. Sie halten es für untragbar, daß objektiv gegen die guten Sitten verstoßende Handlungen nicht mit dem Unterlassungsanspruch bekämpfbar sein sollen ¹⁾.

B) § 826 BGB

Der § 826 BGB erfaßt ohne Beschränkung auf Wettbewerbsfälle vorsätzlich sittenwidrige Schadenszufügungen. Fraglich ist, ob zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit die zu § 1 UWG dargelegten Grundsätze ²⁾ herangezogen werden können.

Die abweichenden Formeln der Praxis könnten das zweifelhaft erscheinen lassen. Nach diesen kommt es für § 1 UWG auf das Anstandsgefühl der verständigen und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden an ³⁾. Zur Anwendung des § 826 BGB wird dagegen auf das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden abgestellt ⁴⁾. Doch gelten für beiden Formeln Modifizierungen. Nach ihnen sind im Rahmen des § 1 UWG auch Sonderanschauungen bestimmter eng beteiligter Berufskreise be-

1) Dem wäre wohl entgegenzuhalten, daß der Verletzte dem Verletzer die notwendige Tatbestandskenntnis durch eine Abmahnung schnell verschaffen kann (vgl. TETZNER aaO., § 1 UWG RN 157). Jedenfalls muß ein derartiger Zweckmäßigkeitsgedanke hinter der Erkenntnis zurücktreten, daß vom Wesen der Sittlichkeit her nur dem ein Vorwurf gemacht werden kann, der die den Sittenverstoß begründenden Tatsachen gekannt hat. Vgl. DEITERS aaO., S.20.

2) Vgl. oben, S. 17 ff. (20 f).

3) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 53.

4) Palandt-GRAMM, Kommentar zum BGB, 19.Auflage München und Berlin 1960, § 826 BGB Anm. 2; HAAGER in BGB-RGRK, 11. Auflage Berlin 1960, § 826 BGB Anm. 7; Enneccerus-LEHMANN aaO., § 236 II 3 a und b (S. 959).

achtlich ¹⁾. Man denke an die Ansichten über die Zulässigkeit der Werbung bei Handwerkern und Angehörigen freier Berufe ²⁾. Außerdem darf in Anwendung des § 1 UWG auf das Anstandsgefühl der Durchschnittsgewerbetreibenden nur solange abgestellt werden, als dieses mit den Anschauungen der betroffenen Dritten und der Allgemeinheit vereinbar ist ³⁾. Auf der anderen Seite entscheiden über die Sittenwidrigkeit nach § 826 BGB nicht nur die Anschauungen der Allgemeinheit. Zu berücksichtigen sind auch die Ansichten der unmittelbar beteiligten Kreise ⁴⁾. Diese Modifizierungen zeigen deutlich, daß die Formeln der Praxis im Grunde nur Ausfluß des hier vertretenen Verständnisses sind, wonach über die Sittenwidrigkeit eine auf den konkreten Sachverhalt bezogene Interessenabwägung entscheidet. In dieser gewinnen die Belange der unmittelbar Beteiligten naturgemäß besonderes Gewicht. In Wettbewerbsfällen sind das besonders die Interessen der Gewerbetreibenden. Daraus erklärt sich die Bedeutung des Durchschnittsgewerbetreibenden für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG. Auch leuchtet ein, weshalb im Rahmen des § 826 BGB grundsätzlich auf die Anschauungen der Allgemeinheit abgestellt wird; denn diese Bestimmung erfaßt nicht nur Kollisionen der Interessen bestimmter Personenkreise, sondern aller.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß sich die Sittenwidrigkeit des § 826 BGB nach den gleichen Grundsätzen bestimmt wie die des § 1 UWG ⁵⁾.

1) Baumbach -HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 53 f.

2) Vgl. OLG Hamburg WRP 57, 199. (Klientenwerbung durch Steuerberater).

3) Statt vieler Baumbach-HEFERMEHL wie FN 1).

4) Palandt-GRAMM aaO., § 826 BGB Anm. 2; HAAGER in BGB-RGRK aaO., § 826 BGB Anm. 7.

5) Vgl. BVerfGE 7, 198 ff (215).

Die Abwerbung berührt innerhalb wie außerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses in erster Linie die Interessen der beteiligten Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Soweit nicht spezifisch wettbewerbliche Momente wie Kundenfang, Behinderung oder Geheimniserforschung hinzukommen, unterscheiden sich die Interessenlagen praktisch nicht danach, ob ein Wettbewerbsverhältnis gegeben ist oder nicht. Beide Normen (§ 1 UWG und § 826 BGB) führen daher im Überschneidungsgebiet ihrer Anwendungsbereiche zu gleichen Ergebnissen ¹⁾. Unterschiede ergeben sich lediglich daraus, daß in § 826 BGB Vorsatz hinsichtlich der Schadenszufügung vorausgesetzt wird.

Hinsichtlich der übrigen subjektiven Voraussetzungen einer Anwendung des § 826 BGB bestehen im wesentlichen dieselben Meinungsverschiedenheiten, denen man im Rahmen des § 1 UWG begegnet. Auf die Ausführungen hierzu darf verwiesen werden ²⁾.

C) Das Recht am Unternehmen unter dem Blickpunkt der Abwerbung.

Es liegt nahe, Abwerbungsfälle unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, des Rechts am Unternehmen, zu beurteilen.

1) So im Ergebnis auch HANS aaO., S. 79 f.

2) Vgl. oben unter A II 3 (S. 21 ff).

I.) Der Bestand dieses Rechts.

Das Bestehen eines nach §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB geschützten Rechts am Unternehmen war lange Zeit lebhaft umstritten ¹⁾. Auch heute ist die Auseinandersetzung noch nicht ganz zur Ruhe gekommen ²⁾. Für die herrschende Meinung, insbesondere für die Praxis, steht die Existenz eines solchen Rechtes jedoch schon lange außer Zweifel ³⁾. Es ist zumindest durch eine mehr als 50-jährige höchstrichterliche Rechtsprechung gewohnheitsrechtlich eingeführt worden ⁴⁾. Vom Bestand dieses Rechtes kann daher ohne neuerliche Erörterung des Für und Wider ausgegangen werden.

Es gewährt nach der üblichen Definition ohne Beschränkung auf das Wettbewerbsrecht Schutz gegen jeden unmittelbaren widerrechtlichen Eingriff in das Unternehmen, mag sich der Angriff gegen den Bestand oder gegen die Ausstrahlungen des Unternehmens richten ⁵⁾.

-
- 1) Vgl. SCHIPPEL, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Berlin-Köln-München 1956, S. 1 f (mit zahlreichen Zitaten).
 - 2) Bejahend statt vieler SCHIPPEL aaO., S. 2; HUBMANN, Das Recht am Unternehmen, ZHR Band 117, S. 41 ff; LINDENMAIER, Das Recht am ausgeübten Gewerbebetrieb in der Rechtsprechung des BGH, WuW 53, 592 f; Baumbach-HEFERMEHL aaO., Allgemeine Grundlagen RN 77 f; Enneccerus-NIPPERDEY aaO., 1. Halbband § 133 IV; nunmehr auch Enneccerus-LEHMANN aaO., § 234 I b gamma (S. 940 ff); a.A. REIMER aaO., S. 8 ff; GIESEKE, Recht am Unternehmen und Schutz des Unternehmens, GRUR 50, 298 ff; VÖLP, Probleme des Rechts am Gewerbebetrieb, WuW 56, 31 ff (43).
 - 3) Statt vieler Urteile BGHZ 29, 65 ff mit zahlreichen Nachweisen; ferner wie FN 2).
 - 4) SCHIPPEL aaO., S. 2 f. Die historische Entwicklung mag an dieser Stelle dahinstehen. Einen guten Überblick gibt die in FN 3) zitierte Entscheidung.
 - 5) BGHZ 29, 65 ff (69); BGHZ 3, 270 ff (279 f); vgl. HAAGER in BGB-RGRK aaO., § 823 BGB Anm. 27.

Diese Inhaltsbestimmung läßt aber noch keine sichere Schlußfolgerung zu. So will HANS ¹⁾ alle Fälle sittenwidriger Abwerbung durch § 823 Abs. 1 BGB erfaßt sehen. Auch HEYDRICH ²⁾ meint, daß es nicht schwer fallen könne, angesichts der mehr als nur schuldrechtlichen, besonderen personenrechtlichen Bindungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Arbeitsverträge als betriebszugehörig zu bezeichnen und sie -bestimmte Wirkungen vorausgesetzt - dem Schutz des § 823 Abs. 1 BGB zu unterstellen.

Demgegenüber hat es der BGH nicht als Verletzung des Rechts am Unternehmen angesehen, wenn dem Unternehmer durch Verletzung eines Arbeitnehmers eine unentbehrliche Kraft entzogen wird ³⁾.

Es bedarf daher einer klareren Herausarbeitung des Schutzgegenstandes ⁴⁾.

II.) Abwerbung und die im Recht am Unternehmen geschützten Interessen.

1.) Die Lehre.

HUBMANN ⁵⁾ sieht aufgrund theoretischer Überlegungen als durch das Recht am Unternehmen geschützt an die Unternehmerinteressen ⁶⁾

1) aaO., S. 85.

2) aaO., S. 120 f.

3) BGHZ 7, 30 ff (36) und 29, 65 ff (73).

4) Diese Frage stellt sich auch BGHZ 29, 65 ff (70).

5) Das Recht am Unternehmen, ZHR 117, 57; vgl. auch HUBMANN, Das Persönlichkeitsrecht, Münster-Köln 1953, S. 148 ff.

6) Hierunter versteht HUBMANN (Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 1956 S. 85 ff/96) das Streben der Menschen um Dinge, die ihm wertvoll erscheinen, sowie die Sorge um ihre Erhaltung.

an der geistigen Unternehmerleistung¹⁾, die teils ständig neu erbracht wird²⁾, teils bereits den Gütern der Umwelt aufprägt, verobjektiviert ist³⁾.

Zum gleichen Ergebnis gelangt SCHIPPEL⁴⁾ aufgrund einer Herausarbeitung der möglichen Interessen eines Unternehmers an seinem Unternehmen und deren Anerkennung im geltenden Recht. Er definiert das Recht am Unternehmen als das subjektive Recht, das den Interessen des Unternehmers an den im Unternehmen verkörperten wertvollen Ergebnissen der Unternehmerleistung und an der ungestörten unternehmerischen Betätigung innerhalb des bestehenden Unternehmens Schutz gewährt.

Die zahlreichen anderen Beiträge⁵⁾ der Lehre zum Recht am Unternehmen bewegen sich überwiegend auf der von HUBMANN und SCHIPPEL gezeichneten Linie oder folgen der noch darzulegen- den Rechtsprechung des BGH⁶⁾. Im Grundsätzlichen abweichende Meinungen haben sich nicht durchzusetzen vermocht⁷⁾. Auf sie alle einzugehen, ist im Rahmen dieser Abhandlung nicht möglich. Dessen bedarf es auch nicht, da die Beiträge von HUBMANN und SCHIPPEL wohl als die grundlegenden und zugleich modernsten Stimmen der Lehre zur Frage des Rechts am Unternehmen anzusprechen sind.

-
- 1) Den Gedanken des Leistungsschutzes betont auch FIKENTSCHER aaO., S. 275 f.
 - 2) Hieran hält HUBMANN (Recht am Unternehmen, ZHR 117, 57) ein Persönlichkeitsrecht für gegeben.
 - 3) Dieser Teil hat nach HUBMANN (wie FN 2, jedoch S. 58) Immaterialgüterrechtscharakter.
 - 4) aaO., S. 55.
 - 5) Vgl. die Zitate auf S.27 FN 2) und das bei den dort genannten Autoren angegebene weitere Schrifttum.
 - 6) So besonders die Kommentatoren, vgl. etwa HAAGER in BGB-RGRK aaO., § 823 BGB Anm. 27; vgl. auch SUPPES, Die Rechtsprechung des RG und BGH über das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Jur.Diss. Freiburg 1956/57.
 - 7) Vgl. insbesondere BRECHER, Das Unternehmen als Rechtsgegenstand, Bonn 1953.

Nach der von HUBMANN und SCHIPPEL vertretenen Auffassung ist der Gewerbebetrieb also in seiner wirtschaftenden, dynamischen, durch die Tätigkeit des Unternehmers geprägten Ausstrahlung und in seiner mehr statischen, den Tätigkeitsbereich beinhaltenden Erscheinungsform geschützt ¹⁾. Es ist zu fragen, ob die durch Abwerbung betroffenen Interessen nach dieser Auffassung in den Schutzbereich des Rechts am Unternehmen fallen.

Die Abwerbung richtet sich nicht unmittelbar gegen die freie unternehmerische Betätigung. Sie trifft diese nur dort, wo sie ihr durch eine wesentliche Einschränkung des Wirkungskreises die Grundlage entzieht ²⁾. Zu prüfen ist daher lediglich, ob und wann Abwerbung die statische Erscheinungsform, den Tätigkeitsbereich berührt und damit Interessen verletzt, denen das Recht am Unternehmen Schutz gewährt.

In Betracht kommen zwei Interessengruppen. Es sind dies einmal die Interessen des Unternehmers am Fortbestand der Arbeitsverhältnisse als solcher. Dann sind es die Unternehmerinteressen an den durch die Arbeitnehmer vermittelten Werten. Von praktischer Bedeutung hiervon sind Organisationen, Beziehungen und Geheimnisse des Unternehmens. Diese Begriffe sind umfassend zu verstehen. So bezeichnet der Begriff der Organisation alles, was die vielen Menschen, die verschiedenartigsten sächlichen und sonstigen Mittel in einem Betrieb zu sinnvoller Tätigkeit verbindet. Beziehungen sind die außerordentlich wichtigen außervertraglichen Bindungen des Unternehmers zu Kunden ("Stammkunden"), Lieferanten und anderen Personenkreisen. Unternehmensgeheimnisse sind alle Geschäfts-

1) Vgl. SCHIPPEL aaO., S.19 ff.

2) In der Regel wird allerdings ein unmittelbarer Eingriff in das Recht am Unternehmen beide Ausstrahlungen verletzen, worauf HUBMANN (Das Recht am Unternehmen, ZHR 117, 78) mit Recht hinweist.

und Betriebsgeheimnisse ¹⁾. Man versteht hierunter alle Tatsachen, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis bekannt sind, und nach dem bekundeten und von einem ausreichenden wirtschaftlichen Interesse getragenen Willen des Betriebsinhabers geheimgehalten werden sollen ²⁾. Offenkundigkeit ist dann anzunehmen, wenn vom Standpunkt praktischer Lebenserfahrung aus nicht mehr damit gerechnet werden kann, daß das Wissen um die Tatsache noch auf einen bestimmten Kreis gleichmäßig an der Geheimhaltung Interessierter beschränkt ist ³⁾. Die Offenkundigkeit muß hierbei immer in Bezug auf das jeweilige Unternehmen gesehen werden. So kann die Anwendung einer an sich bekannten Produktionsmethode gerade in einem bestimmten Betrieb Geheimnis sein ⁴⁾. Als Beispiele für Unternehmensgeheimnisse können Produktionsverfahren, Anschriftenmaterial, Pläne, Entwürfe und ähnliches genannt werden.

- a) Die Interessen am Fortbestand der Arbeitsverhältnisse als solcher.

Ob die Interessen am Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses als solchen durch das Recht am Unternehmen geschützt sind,

-
- 1) Nach NIKISCH (Arbeitsrecht, 2. Auflage Tübingen 1955, S. 392) liegen Geschäftsgeheimnisse auf kaufmännischem, Betriebsgeheimnisse auf technischem Gebiet. Rechtliche Unterschiede knüpfen sich an diese Unterscheidung nicht; vgl. Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 17 UWG RN 2. NASTELSKI (Der Schutz des Betriebsgeheimnisses, GRUR 57, 1 ff) folgt dieser Meinung grundsätzlich. Er hält es aber für möglich, daß sich allein aus der größeren wirtschaftlichen Bedeutung der Betriebsgeheimnisse auch rechtliche Unterschiede ergeben können.
- 2) BGH GRUR 55, 424; Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 17 UWG RN 2 ff; vgl. auch REIMER aaO., Kap. 100 (S. 749 ff); GODIN-Hoth aaO., § 17 UWG Anm. 3; NASTELSKI aaO., GRUR 57, 1 ff (2).
- 3) NASTELSKI aaO., GRUR 57, 1 ff, unter Berufung auf Eberhard SCHMIDT.
- 4) BGH GRUR 55, 424.

hängt von dem Verhältnis ab, in dem das Arbeitsverhältnis zu der Unternehmerleistung als dem eigentlichen Schutzgegenstand des Rechts am Unternehmen steht.

Die einzelnen Arbeitnehmer sind ebenso wie Kunden, Lieferanten oder sächliche Güter Träger der Unternehmerleistung. Diese kann ohne solche Substrate nicht existieren. Andererseits kann sie aber ohne Nachteil von ihnen abgelöst und anderen aufgebracht werden ¹⁾. So ist beispielsweise die Organisation eines Unternehmens unabhängig davon, ob der Arbeiter X oder Y eine bestimmte Maschine bedient. Ebensowenig ist es vom Prinzip her gesehen wesentlich, welcher Mitarbeiter Aufträge der Stammkundschaft entgegennimmt. Schließlich ist es auch gleichgültig, wer innerhalb des Betriebes mit dem Geheimverfahren arbeitet. Daraus folgt, daß die Träger der objektivierten Unternehmerleistung nicht deren Bestandteile sind. Der der Unternehmerleistung geltende Schutz des Rechts am Unternehmen erfaßt daher die Interessen an der Erhaltung der Substrate nicht ²⁾. Ihr Schutz bleibt vielmehr den besonderen Rechtsinstituten überlassen. Im Falle der Arbeitsverhältnisse sind das die Forderungsrechte aus den abgeschlossenen Arbeitsverträgen ³⁾.

b) Die Interessen an Werten, deren Träger Arbeitnehmer sind.

Nunmehr ist zu fragen, ob die Abwerbung das Recht am Unternehmen dadurch berühren kann, daß sie Werte beeinträchtigt, die von Arbeitnehmern getragen werden.

1) HUBMANN, Das Recht am Unternehmen, ZHR 117, 52 und 79; SCHIPPEL aaO., S. 29.

2) HUBMANN wie FN 1), jedoch S. 53 und 79; SCHIPPEL aaO., S. 30 und 45.

3) HUBMANN wie FN 1), jedoch S. 57; SCHIPPEL aaO., S. 30 u. 45.

Die in Betracht kommenden Werte der Organisation, Beziehungen und Geheimnisse ¹⁾ sind im Recht am Unternehmen geschützt ²⁾, da sie Niederschlag der Unternehmerleistung sind ³⁾. Das wird deutlich, wenn man berücksichtigt, wieviel Mühe und Kosten der Unternehmer darauf verwenden muß, eine funktionierende, schlagkräftige Organisation aufzubauen, sich Stammkunden zu gewinnen und Beziehungen zu Lieferanten zu knüpfen, sowie günstige Einkaufsquellen und vorteilhafte Produktionsverfahren herauszufinden.

Der Abzug von Mitarbeitern kann diese Werte empfindlich mindern. Das zeigen Extremfälle. So bricht der best-erdachte Kundendienst zusammen, wenn die Menschen fehlen, ihn auszuführen. Die raffiniertesten Produktionsanlagen müssen stillstehen, wenn niemand zu ihrer Bedienung vorhanden ist. Die wertvollsten Beziehungen nützen nichts, wenn niemand von ihnen Gebrauch macht. Unternehmensgeheimnisse bleiben kaum länger Geheimnisse, wenn eingeweihte Mitarbeiter zur Konkurrenz übergehen.

-
- 1) Diese Begriffe werden in gleicher Bedeutung wie auf S.30/31 gebraucht.
 - 2) HUBMANN, Das Recht am Unternehmen, ZHR 117, 49 f, 53; SCHIPPEL aaO., S.30. Zu den Unternehmensgeheimnissen vgl. ferner: BGHZ 16, 172 ff (173, 175); BGHZ 17, 41 ff (51); OLG Düsseldorf GRUR 54, 74; Baumbach-HEFERMEHL aaO., Übersicht vor § 17 UWG RN 1; GODIN-Hoth aaO., § 17 UWG Anm. 15; SUPPES aaO., § 8 (S. 70 ff); HUBMANN, Persönlichkeitsrecht aaO., S. 184 ff; NASTELSKI aaO., GRUR 57, 1 ff (4, 6); a.A. die Gegner des Rechts am Unternehmen, besonders REIMER aaO., S. 7 f.
 - 3) Das wird nur ausnahmsweise zu verneinen sein, etwa in dem Fall, in dem der Arbeitnehmer die Beziehungen zu wichtigen Personenkreisen schon früher erworben und in die derzeitige Stellung mitgebracht hat, die Beziehungen also gleichsam Kapital des Arbeitnehmers sind. Im übrigen sind Niederschlag der Unternehmerleistung auch solche Werte, die der Arbeitnehmer im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit geschaffen hat. Das folgt zwingend daraus, daß andernfalls Großbetriebe weitgehend schutzlos bleiben müßten, weil der Unternehmer unmöglich selbst alle Werte schaffen kann. Auf die Kenntnis des Unternehmers vom geschaffenen Wert kommt es nicht an (BGH, Urteil vom 16.11.54, insoweit wiedergegeben bei BOCK aaO., BB 58, 957 ff - Anreizgerät).

Nach der von HUBMANN und SCHIPPEL vertretenen Auffassung kann somit die im Abzug von Arbeitnehmern liegende Einwirkung auf Substrate geschützter Werte diese selbst und damit auch das Recht am Unternehmen berühren ¹⁾.

2.) Die Rechtsprechung.

Nach Auffassung des BGH ²⁾ ist der Gewerbebetrieb in seinem Bestand und in seinen Ausstrahlungen gegen unmittelbare Eingriffe geschützt, soweit es sich um gerade dem Betrieb eigentümliche, wesensgemäße und nicht ohne weiteres ablösbare Erscheinungsformen, Rechte und Rechtsgüter handelt.

Diese Formulierung unterscheidet sich auf den ersten Blick erheblich von der von der Lehre gefundenen Bestimmung des Schutzbereichs. Sie läßt aber erkennen, daß die Interessen des Unternehmers am Fortbestand des einzelnen Arbeitsverhältnisses auch nach Auffassung des BGH nicht im Recht am Unternehmen geschützt sind ³⁾; denn das einzelne Arbeitsverhältnis, der einzelne Arbeitnehmer, ist dem Betrieb nicht eigentümlich, nicht wesensgemäß. Er ist ohne weiteres ablösbar, durch einen anderen ersetzbar.

Dagegen sind Betriebs- und Absatzorganisation, die Beziehungen und Erfahrungen, sowie die Unternehmensgeheimnisse durchaus dem Betrieb eigentümlich und wesensgemäß. Selbst für große Unternehmen bleibt es sich nicht gleich, ob die Organisation in dieser oder jener Weise gestaltet ist, ob das Unternehmen über geheime oder offenkundige Produktionsmethoden

1) HUBMANN, Das Recht am Unternehmen, ZHR 117, 49 f, 53;
SCHIPPEL aaO. S. 30

2) BGHZ 29, 65 ff (70).

3) Wie FN 2); ferner BGHZ 7, 30 ff (36).

verfügt und ob das Unternehmen bei bestimmten Personenkreisen gut eingeführt ist oder nicht. Auch in großen Betrieben stehen und fallen Werte der genannten Art mit den sie tragenden Menschen.

Soweit es um Werte der genannten Art geht, kann die Abwerbung auch nach Auffassung der Rechtsprechung das Recht am Unternehmen berühren.

Die insoweit angedeutete Übereinstimmung der Ergebnisse nach den Auffassungen der Lehre und der Rechtsprechung ist nicht nur zufällig. Sie beruht darauf, daß die unternehmerische Leistung das Wesen jedes Unternehmens prägt, ihm eigentümlich ist. Ihr Niederschlag ist nicht einfach ablösbar.

Um aber völlige Übereinstimmung im Ergebnis nach den genannten Auffassungen feststellen zu können, bedarf es noch der Prüfung, ob die Abwerbung als primär gegen ablösbare Rechtsgüter gerichtet in die durch diese vermittelten Werte u n m i t t e l b a r im Sinne der Rechtsprechung eingreift.

3.) Die Unmittelbarkeit des Eingriffs.

HUBMANN ¹⁾ sieht es als selbstverständlich an, daß nur unmittelbare Schädigungen des geschützten Rechtsgutes Rechtsfolgen auslösen können. Die Unmittelbarkeit bejaht er aber, wenn die im Recht am Unternehmen geschützten Werte zugleich mit ihren Substraten betroffen werden. SCHIPPEL ²⁾ sieht das Wesentliche des unmittelbaren Eingriffs darin, daß er Interessen betrifft, die direkt auf die besonderen, gerade im Unternehmen

1) Das Recht am Unternehmen, ZHR Band 117, S. 80.

2) aaO., S. 55.

verkörpert Werte gerichtet sind. Diese Voraussetzungen wären bei der durch Abwertung verursachten Beeinträchtigung der im Recht am Unternehmen geschützten Werte als erfüllt anzusehen.

Anders sieht der BGH nur solche Eingriffe als unmittelbar an, die irgendwie gegen den Betrieb gerichtet, betriebsbezogen sind ¹⁾. Mit dieser Auslegung soll eine uferlose Ausweitung des Schutzes des Unternehmens unterbunden werden. Ein genereller Schutz würde nämlich, worüber man sich einig ist, dem deutschen Rechtssystem mit seinen kasuistischen Deliktstatbeständen zuwiderlaufen. Unter diesem Blickpunkt hat der BGH ²⁾ das Merkmal "unmittelbar" in einem Fall verneint, in dem die gesamte Produktion eines Betriebes dadurch lahmgelegt wurde, daß bei Baggararbeiten außerhalb des Betriebsgrundstücks die in die Erde verlegte Stromzuleitung unterbrochen wurde ³⁾. In diesem Urteil hat der BGH weiterhin unter Bezugnahme auf die schon erwähnte ältere Entscheidung ⁴⁾ Unmittelbarkeit des Eingriffs für nicht gegeben angesehen in Fällen, in denen einem Betrieb durch Verletzung von Mitarbeitern das zur Fortführung des Betriebes unentbehrliche Personal entzogen wird. Das angezogene Urteil ⁵⁾ betraf die Verletzung eines Arbeitnehmers bei einem Verkehrsunfall. Für diese Fälle vertritt der BGH die Auffassung, die Verletzung des Unternehmens sei nur gleichsam zufällig erfolgt. Es habe völlig außerhalb der Stoßrichtung der den Schaden verursachenden

1) BGHZ 29, 65 ff (74); Baumbach-HEFERMEHL aaO., Allgemeine Grundlagen RN 82.

2) BGHZ 29, 65 ff.

3) Das Kabel stand im Eigentum einer Elektrizitätsgesellschaft, deren Lieferverpflichtung durch die Geschäftsbedingungen eingeschränkt war. Einzige Anspruchsgrundlage war daher die Verletzung des Rechts am Unternehmen.

4) BGHZ 7, 30 ff (36).

5) Wie FN 4).

Handlung gelegen ^{1) 2)}.

Anders liegt es jedoch bei Abwerbungsfällen. Hier entzieht der Abwerbende einem ihm bekannten Betrieb Mitarbeiter. Diese selbst werden nicht verletzt. Der Schaden entsteht vielmehr ursprünglich und unmittelbar nur dem Betrieb ³⁾. In der Stoßrichtung der den Schaden verursachenden Abwerbungshandlung liegt demnach eindeutig der Betrieb. Die Abwerbung kann, obwohl primär auf ablösbare Rechtsgüter hin gerichtet, hinter diesen stehende, von ihnen getragene, im Recht am Unternehmen geschützte betriebliche Erscheinungsformen "unmittelbar" im Sinne der Rechtsprechung beeinträchtigen.

Abwerbungsmaßnahmen sind somit betriebsbezogen. Man gelangt daher nach den Auffassungen von Lehre und Rechtsprechung für den Bereich der Abwerbung zu gleichen Ergebnissen. Für die weiteren Überlegungen ist eine Unterscheidung nicht mehr erforderlich.

-
- 1) Dieser Gedankengang tritt im Urteil vom 19.6.52 - BGHZ 7, 30 ff - selbst nicht in Erscheinung. Er wurde erst nachträglich durch die Entscheidung vom 9.12.58 - BGHZ 29, 65 ff - zur Rechtfertigung der früheren Entscheidung herangezogen. Das Urteil vom 19.6.52 - BGHZ 7, 30 ff - selbst stützt sich auf die Erwägung, daß die Anerkennung eines Anspruchs des mittelbar geschädigten Arbeitgebers auf eine Umgestaltung des gesamten Deliktsrechts hinausliefe.
 - 2) Wäre das Stromkabel zu dem Zwecke beschädigt worden, den angeschlossenen Betrieb lahmzulegen, so wäre sicherlich die Betriebsbezogenheit des Eingriffs anzuerkennen gewesen. Damit soll aber nicht gesagt werden, daß nur vorsätzliche Handlungen betriebsbezogen und unmittelbar sein können.
 - 3) Vgl. HANS aaO., S. 83.

4.) Die Voraussetzungen einer Beeinträchtigung des Rechts am Unternehmen im einzelnen.

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß Abwerbung das Recht am Unternehmen nur dort treffen kann, wo sie zu einer Entwertung von Organisation, Beziehungen oder Geheimnissen des Unternehmens führt.

Nunmehr ist nach den Voraussetzungen zu fragen, deren Vorliegen im einzelnen diese Rechtsgüter und in diesen das Recht am Unternehmen als berührt, wenn auch nicht notwendig als verletzt erscheinen läßt. Die Antwort muß sich aus dem Wesen der Schutzobjekte ergeben.

a) Abwerbung und die Beeinträchtigung der Organisation.

Unter Organisation wurde alles verstanden, was die persönlichen, sächlichen und sonstigen Mittel eines Betriebes zu sinnvoller Tätigkeit zusammenfaßt ¹⁾. Demgemäß beeinträchtigt jeder Eingriff die Organisation, der das Zusammenwirken der genannten Mittel in der bisherigen Form unmöglich macht ²⁾.

Da die Organisation von der Person der eingespannten Mitarbeiter unabhängig ist, kann eine solche Unmöglichkeit nur darin liegen, daß aus tatsächlichen Gründen eine Umprägung der Or-

1) Vgl. S.30

2) Beispielsweise hatte sich das BAG (NJW 55, 1773 f) mit einem Fall zu befassen, in dem der Teilstreik weniger Schlüsselkräfte den gesamten Betrieb lahmgelegt hatte. Als weiteres Beispiel kann angeführt werden, daß der nachhaltige Ausfall eines einzigen Arbeitsganges ein ganzes Fließband und damit eine ganze Produktionsorganisation hinfällig machen kann.

ganisation auf andere Mitarbeiter nicht durchführbar ist ¹⁾. Das kann darin begründet sein, daß wegen der Lage auf dem Arbeitsmarkt geeignete Ersatzkräfte in angemessener Zeit nicht gewonnen werden können. Aber auch die Schwere des Eingriffs kann einer Fortführung der Organisation in der bisherigen Form entgegenstehen. So kann das Ausscheiden einzelner aus einer Zahl von beispielsweise 50 Mitarbeitern im Ergebnis meist ohne Nachteil aufgefangen werden. Müssen aber auf einmal 45 Kräfte ersetzt werden, so ist eine einfache Fortführung der alten Organisation wohl kaum denkbar. Der Unternehmer muß die Mitarbeiter erst neu zu einer Organisation verbinden, die regelmäßig ein verändertes Gesicht tragen wird. Wenn im militärischen Bereich innerhalb gewisser Grenzen ganze Personennmehrheiten, etwa Stäbe, auswechselbar sind, so ist das die Folge einer Aufgabenstellung und Ausbildung, die denen im Wirtschaftsleben normalerweise nicht vergleichbar sind.

b) Abwerbung und der Verlust von Beziehungen.

Nur der Verlust solcher Beziehungen kann das Recht am Unternehmen tangieren, die für das Unternehmen kennzeichnend sind, seinen Wert mitbestimmen und den Preis bei einer etwaigen Veräußerung des ganzen Unternehmens mit beeinflussen. Der Umfang des mit den jeweiligen Geschäftspartnern getätigten Umsatzes kann hierfür vielfach zuverlässige Anhaltspunkte geben. Man denke an ein Sanitätshaus, das neben zahlreichen kleineren Kunden ein großes Krankenhaus versorgt und aus dem Geschäft mit diesem etwa 30 % seines Umsatzes zieht.

1) Diese Kriterien sind angesprochen, wenn HUBMANN (Das Recht am Unternehmen, ZHR 117, 79) eine Verletzung des Unternehmens durch die Einwirkung auf Arbeitnehmer dann als möglich ansieht, wenn wesentliche personelle Grundlagen beeinträchtigt werden und nach Sachlage ein Ersatz nicht ohne weiteres möglich ist.

Der Verlust solcher Beziehungen kann die Folge eines durch Abwerbung bedingten Personalmangels sein. So können verzögerte Lieferungen und unzureichender Kundendienst den Kunden verärgern und abwandern lassen. Solche Folgen werden aber nur bei wesentlichen Beeinträchtigungen der personellen Grundlagen eines Unternehmens anzunehmen sein.

Der Verlust kann sich ferner daraus ergeben, daß Kunden, Lieferanten oder sonstige Personen dem Abgeworbenen "die Treue halten" und über den Abgeworbenen mit dessen neuen Arbeitgeber in Geschäftsverbindung treten. In solchen Fällen kann schon die Abwerbung eines einzigen Arbeitnehmers mit den sich daraus ergebenden Folgen im Hinblick auf den Verlust von Kunden oder sonstigen Geschäftsfreunden in das Recht am Unternehmen eingreifen. Auf die Möglichkeit, den Arbeitnehmer zu ersetzen, kann es nicht ankommen, wie das Beispiel des Sanitätshauses zeigt. Hat nämlich der Arbeitnehmer, dem der Geschäftsinhaber die Betreuung des Krankenhauses anvertraut hatte, aufgrund seiner in Ausübung dieser Tätigkeit erworbenen guten Beziehungen zu der Krankenhausverwaltung das Krankenhaus für seinen neuen Arbeitgeber gewonnen, kann der darin für den früheren Arbeitgeber liegende Nachteil auch durch den Einsatz einer Ersatzkraft kaum wieder ausgeglichen werden.

c) Abwerbung und die Beeinträchtigung von Unternehmensgeheimnissen.

Der in Unternehmensgeheimnissen liegende Wert droht schon dadurch verloren zu gehen, daß der Abwerbende mit der Person des abgeworbenen Geheimnisträgers Zugang zu den Geheimnissen des früheren Arbeitgebers erlangt. Dem muß die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB Rechnung tragen. Als durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt ist deshalb ein besonderes Erhaltungsinteresse des Unternehmers anzuerkennen, das Schutz gegen unbefugte Kenntnisnahme und Verwertung unrechtmäßig erlangter Unternehmensgeheimnisse gewährt ¹⁾.

1) Vgl. S. 33 FN 2).

III. Schranken des Rechts am Unternehmen

Mit den bisherigen Ausführungen konnte und sollte lediglich aufgezeigt werden, wann die Abwerbung Interessen berührt, die nach § 823 Abs. 1 BGB geschützt sind. Um aber im Einzelfall sagen zu können, die Interessenbeeinträchtigung stelle eine **R e c h t s v e r l e t z u n g** dar, bedarf es noch einer Klärung, welche Grenzen dem Recht am Unternehmen gesetzt sind.

1.) Die durch das Prinzip der Interessenabwägung gezogene Schranke.

Das Recht am Unternehmen ist ein subjektives Recht. Als solches kann es nicht schrankenlos bestehen ¹⁾. Es muß einmal durch die Erfordernisse des Gemeinschaftslebens begrenzt sein; denn andernfalls würde sich die Rechtsordnung, die immer Gemeinschaftsordnung ist, selbst aufgeben ²⁾. Das Recht am Unternehmen muß ferner seine Schranke in entgegenstehenden gleich- oder höherwertigen Interessen finden, da alle in subjektiven Rechten realisierten Werte Abbilder der sittlichen Wertordnung sind und in einer dieser entsprechenden Rangordnung stehen müssen ³⁾. Diese Grenzen finden ihren Ausdruck in dem allgemeinen Prinzip der Interessenabwägung ⁴⁾. Sie stehen

1) HUBMANN, Das Recht am Unternehmen, ZHR Bd. 117, 77.°

2) HUBMANN, Persönlichkeitsrecht aaO., S. 131;
Enneccerus-NIPPERDEY aaO., 1. Halbband § 72 I 3 b (S.432 ff)

3) HUBMANN, Persönlichkeitsrecht aaO., S. 131.

4) HUBMANN, Persönlichkeitsrecht aaO., S. 131 ff; derselbe, Das Recht am Unternehmen, ZHR Band 117, S. 77 f; derselbe in Anm. zu BGH JZ 57, 753 ff;
SCHIPPEL aaO., S. 56 ff; Baumbach-HEFERMEHL aaO., Allgemeine Grundlagen RN 83 ff (mit Zitaten aus der Rechtsprechung); vgl. auch BGHZ 24, 72 ff (80) zu den Schranken des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes.

nicht von vornherein bestimmbar fest; sie hängen vielmehr gleitend von den Umständen des Einzelfalles ab ¹⁾. Sie können nur durch eine sorgfältige Herausarbeitung, Bewertung und Abwägung der beteiligten Interessen gefunden werden ²⁾. Lediglich einige allgemeine Schranken lassen sich erkennen.

2.) Beeinträchtigungen, die das Wirtschaftsleben seinem Wesen nach mit sich bringt.

In Konkretisierung des Prinzips der Interessenabwägung scheiden als Verletzungen des Unternehmens alle Eingriffe aus, die der allgemeinen sozialen Ordnung entsprechen ³⁾, die sich völlig im Rahmen der geschichtlich gewordenen sozial-ethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen ⁴⁾. Solche, auch als sozialadäquat ⁵⁾ bezeichnete Eingriffe in geordnete Interessenbereiche bleiben ohne Rechtsfolgen ⁶⁾.

Diesem Gesichtspunkt kommt im Rahmen dieser Abhandlung erhebliche Bedeutung zu, da er Beeinträchtigungen erfaßt, die

1) HUBMANN, Persönlichkeitsrecht aaO., S. 133.

2) Vgl. HUBMANN, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 1956, S. 85 ff.

3) Enneccerus-NIPPERDEY aaO., 2. Halbband § 209 V (S.1299).

4) HANS aaO., S. 85; vgl. WELZEL, Das deutsche Strafrecht, 7.Auflage Berlin 1960, S. 76.

5) SCHIPPEL aaO., S. 56 ff; HANS aaO., S. 85. Sozialadäquates Handeln darf keineswegs einem üblichen, möglicherweise zu mißbilligenden Handeln gleichgesetzt werden.

6) SCHIPPEL aaO. S. 69; vgl. auch NIPPERDEY, Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl. 58, 445 ff (446).

Mit diesen Ausführungen soll nicht Stellung genommen werden zu der Frage, ob der Sozialadäquanz über den Bereich des Rechts am Unternehmen hinaus Bedeutung zukommt; vgl. hierzu unten, S. 45.

das Wirtschaftsleben, insbesondere der Leistungswettbewerb, seinem Wesen nach mit sich bringt ¹⁾. Systematik des § 823 Abs. 1 BGB und natürliche Betrachtungsweise, die unter Tatbestand die rechtswertfreie Feststellung einer Handlung oder eines Erfolges versteht ²⁾, lassen Beeinträchtigungen der genannten Art zwar als tatbestandsmäßig, aber nicht als rechtswidrig erscheinen ³⁾. Dem steht gegenüber eine zunehmend aufgegebene Ansicht ⁴⁾, nach der der straf- und zivilrechtliche Deliktstatbestand nur Handlungen umfaßt, die aus der anerkannten Ordnung des Gemeinschaftslebens herausfallen. Nach

-
- 1) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Allgemeine Grundlagen RN 83; Enneccerus-NIPPERDEY aaO., 2. Halbband § 209 V (S. 1300); vgl. BGHZ 25, 369 ff (372); BAG NJW 55, 882 ff (884 -Streik-) = BAG E 1, 291 ff (306).
 - 2) Vgl. Enneccerus-NIPPERDEY aaO., 2. Halbband § 209 V (S. 1299) und SCHIPPEL aaO., S. 73. Dieser führt aus: Wer in einem Beförderungsmittel sitzt, kann seine Freiheit nicht gebrauchen; wer mit einer Klage droht, nötigt. Über die Rechtswidrigkeit ist in beiden Fällen nichts gesagt.
 - 3) Jetzt herrschende Meinung; vgl. Enneccerus-LEHMANN aaO., § 234 I 1 b gamma (S. 942); Enneccerus-NIPPERDEY aaO., 2. Halbband, § 209 V (S. 1299); NIPPERDEY, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 57, 1777 ff; SCHIPPEL aaO., S. 73; BGHZ GS 24, 21 ff; vgl. ferner NIESE, Streik und Strafrecht, Tübingen 1954, S. 30; WELZEL aaO., 7. Auflage S. 76. Baumbach-HEFERMEHL (aaO., Allgemeine Grundlagen RN 83 - vgl. auch RN 88-) hält die Unterscheidung zwischen tatbestandsausschließender und rechtfertigender Wirkung für nicht durchführbar.
 - 4) Für das Strafrecht früher WELZEL, aaO., jedoch 2. Auflage Berlin 1949, S. 36; für das Zivilrecht früher NIPPERDEY, Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Streik vom 27. bis 29.5.1952 entstanden sind, Köln 1953 S. 38 ff (40); vgl. ferner HUBMANN in Anm. zu BGH JZ 57, 753 ff (754); HEFERMEHL in Anm. zu OLG Düsseldorf WuW 53, 234 ff (236); HANS aaO., S. 84.

dieser Auffassung entfielen also nicht erst die Rechtswidrigkeit, sondern bereits die Tatbestandsmäßigkeit sozialadäquater Eingriffe. Diese Streitfrage ist bedeutsam dafür, ob ein Irrtum Tatbestands- oder Verbotsirrtum ist. Für das Zivilrecht mit seinem objektiven Verschuldensbegriff (§ 276 BGB) ist diese Bedeutung gering.

Wichtig ist dagegen die Frage, wer die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, daß eine schädigende Handlung sozialadäquat ist. Mit SCHIPPEL¹⁾ ist davon auszugehen, daß im Wirtschafts- und Wettbewerbskampf die rechtmäßige Beeinträchtigung anderer Unternehmen der Regelfall ist. Rechtswidrige Verletzungen stellen dagegen Ausnahmen dar. Aus diesem Regel-Ausnahmeverhältnis folgt, daß der Verletzte darlegen und notfalls beweisen muß, daß sich das Verhalten des Schädigers nicht mehr im Rahmen dessen hält, was das Wirtschaftsleben seinem Wesen nach mit sich bringt.

Der hier vertretenen Auffassung steht weder die Entscheidung des Großen Senats des BGH in Zivilsachen vom 4.3.57²⁾, noch das hierzu entstandene umfangreiche Schrifttum³⁾ entgegen.

Der BGH hat aus Anlaß eines Verkehrsunfalles zu § 831 BGB entschieden, daß der vom Verletzten in Anspruch genommene Geschäftsherr dafür Beweis antreten könne, daß sich sein Verordnungsgehilfe verkehrsgerecht und damit rechtmäßig ver-

1) aaO., S. 75 und 79.

2) BGHZ 24, 21 ff.

3) Vgl. die Zusammenstellung bei DUNZ, Das verkehrsrichtige Verhalten, NJW 60, 507 ff (FN 2).

halten habe ¹⁾. Der BGH hat also eine andere Beweislastverteilung vorgenommen. Berücksichtigt man aber, daß die Verletzung eines Menschen im Verkehr der Ausnahmefall, die nachteilige Einwirkung auf Unternehmen im Wirtschaftsleben dagegen der Regelfall ist, so leuchtet ein, daß kein Widerspruch zu der Auffassung des BGH besteht.

Das Schrifttum hat sich lebhaft gegen die Auffassung des BGH gewandt, daß verkehrsrichtiges Verhalten eine Körperverletzung rechtfertige. Aus § 1 StVO ergebe sich vielmehr, daß ein noch so korrekt fahrender Kraftfahrer einen sich noch so verkehrswidrig verhaltenden anderen Verkehrsteilnehmer nicht rechtmäßig überfahren dürfe ²⁾. Der ziemlich geschlossene Widerstand des Schrifttums betrifft indes nur Fälle, in denen die in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten und absolut geschützten Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit in Frage stehen. Die Kritiker der BGH-Entscheidung wollen aber keineswegs, wie man vielleicht annehmen könnte, den Rechtfertigungsgrund des sozialadäquaten Verhaltens bei Beeinträchtigungen des Unternehmens leugnen; denn das Unternehmen ist eben nicht absolut, sondern nur insoweit geschützt, als die Eingriffe nicht sozialadäquat sind. Das wurde ausdrücklich zugestanden ³⁾.

1) Der BGH hat diese Grundsätze ausdrücklich unter Beschränkung auf das Verkehrsrecht aufgestellt und es dahingestellt sein lassen, ob allgemein ein Rechtfertigungsgrund des verkehrsgerechten, sozialadäquaten Verhaltens anzuerkennen sei. Daß diese Entscheidung trotz dieser Beschränkung eine allgemeine Aussage zum Rechtfertigungsgrund sozialadäquaten Verhaltens enthält, ist aber allgemeine Meinung; vgl. NIPPERDEY in NJW 57, 1777; STOLL, Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 58, 137 ff (139/B); BINDOKAT, Mehrere Unrecht? JZ 58, 553; MAY, Das verkehrsrichtige Verhalten, NJW 58, 1262 ff (1263 ff).

2) Vgl. DUNZ aaO., NJW 60, 507 ff (508).

3) Enneccerus-LEHMANN aaO., § 234 I 1 b gamma (S. 940 ff); DUNZ aaO., NJW 60, 507 ff (508 - B am Ende -); WUSSOW, Zur Lehre von der Sozialadäquanz, NJW 58, 891.

3.) Allgemeine Rechtfertigungsgründe.

Das Prinzip der Interessenabwägung läßt sich weiterhin zu Schranken des Rechts am Unternehmen konkretisieren, die wie Notwehr, Notstand und erlaubte Selbsthilfe nach allgemeinen Merkmalen festgelegt sind ¹⁾. Zu erwähnen ist hier insbesondere der von der Rechtsprechung in Anlehnung an § 193 StGB entwickelte Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Dieser ist gegeben, wenn die Einwirkung auf ein geschütztes Rechtsgut das objektiv gebotene und notwendige Mittel zur Erreichung des rechtlich gebilligten Zweckes darstellt und die berechtigten Interessen des Betroffenen größtmöglich schont ²⁾. Im Zusammenhang mit dem Schutz des Rechtes am Unternehmen hat dieser Rechtfertigungsgrund nur dort Bedeutung, wo sich die Beeinträchtigungen des Unternehmens nicht mehr im Rahmen dessen halten, was das Wirtschaftsleben seinem Wesen nach mit sich bringt.

IV. Subjektive Voraussetzungen.

Für den Unterlassungsanspruch brauchen keine subjektiven Voraussetzungen erfüllt zu sein. Schadenersatzansprüche erfordern Vorsatz oder Fahrlässigkeit; diese müssen sich insbesondere auf die die Verletzung des Rechts am Unternehmen begründenden Umstände beziehen.

V. Träger des Rechts am Unternehmen.

Träger des Rechts am Unternehmen ist der Unternehmer. Das ist mit SCHIPPEL ³⁾, wer die Geschicke eines wirtschaft-

1) HUBMANN, Das Recht am Unternehmen, ZHR Band 117, 77.

2) BGHZ 3, 270 ff (281); BGHZ 8, 142 ff (145).

3) aaO., S. 12 ff.

lichen Unternehmens nach eigenem Ermessen zu leiten befugt ist. Ob die Befugnis tatsächlich ausgeübt wird oder einem Vorstand, Direktor oder ähnlichem übertragen ist, ist unerheblich, wenn de jure noch die Möglichkeit besteht, die Tätigkeit des eingesetzten Leiters zu bestimmen ¹⁾. Das Recht am Unternehmen ist nicht auf Gewerbetreibende im Sinne der GewO oder des HGB beschränkt. Es gilt namentlich auch für die Angehörigen der freien Berufe ²⁾.

D) Konkurrenzen.

Es bedarf keiner näheren Begründung, daß im Einzelfall die Tatbestandsmerkmale mehrerer Generalklauseln erfüllt sein können ³⁾. Damit stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Normen zueinander.

Nach ganz allgemeiner Meinung besteht zwischen den Ansprüchen nach § 1 UWG, § 826 und § 823 Abs. 1 BGB Anspruchskonkurrenz ⁴⁾.

Zwar finden sich gelegentlich Bemerkungen, wonach § 826 BGB dort eingreife, wo andere Vorschriften mit fest umrissenem

-
- 1) Unternehmer einer Personal- oder Kapitalgesellschaft ist die Gesellschaft; vgl. SCHIPPEL aaO., S. 12 f.
 - 2) SCHIPPEL aaO., S. 12 ff; HEFERMEHL in Anm. zu OLG Düsseldorf WuW 53, 234 ff (236 unter III/1); Baumbach-HEFERMEHL aaO., Allgemeine Grundlagen RN 80.
 - 3) SCHIPPEL aaO., S. 82; Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 43.
 - 4) HAAGER in BGB-RGRK aaO., § 826 BGB Anm. 2 und 5; Palandt-GRAMM aaO., § 826 BGB Anm. 7 B a; Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 149 und 43; GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 4; TETZNER aaO., Vorbem. 15; BGH GRUR 53, 290; RG GRUR 36, 994. Vgl. auch die Fußnoten auf S. 48 und 49.

Tatbestand nicht ausreichen¹⁾. Hierin ist aber lediglich ein Hinweis auf die besondere Bedeutung der Bestimmung zu sehen. Wegen der oft schwer nachweisbaren Voraussetzungen des § 826 BGB wird diese Norm nur in Notfällen angewandt.

Für das Verhältnis des § 1 UWG zu der bürgerlich-rechtlichen Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB wird vielfach die Forderung aufgestellt²⁾, wettbewerbliche Tatbestände vornehmlich nach § 1 UWG zu behandeln und § 823 Abs. 1 BGB mehr subsidiäre Bedeutung zuzuweisen. Es sei nämlich wünschenswert, den Schwerpunkt der rechtlichen Beurteilung solcher Fälle in dem hierauf zugeschnittenen UWG zu lassen und ihn nicht in ein anderes Rechtsgebiet zu verlagern³⁾. Auch könne in Anwendung des § 1 UWG auf zahlreiche gefestigte Grundsätze zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Verhaltens zurückgegriffen werden; auf diese Weise könnten die oft schwierigen und heiklen Erwägungen zu § 823 Abs. 1 BGB vermieden werden⁴⁾. Diese Auffassung entspricht der Entwicklung des Rechts am Unternehmen in der Rechtsprechung, die es stets dann angewandt und weiter entwickelt hat, wenn es galt, Lücken zu schließen⁵⁾. Eine andere Auffassung will § 823 Abs. 1 BGB völlig gleichberechtigt

1) Palandt-GRAMM aaO., § 826 BGB Anm. 7; Enneccerus-LEHMANN aaO., § 236 I (S. 955).

2) BGHZ 27, 264 ff (273 - Programmhefte -); Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 43; historisch ist interessant, daß Baumbach-HEFERMEHL noch in der 6. Auflage ihres Kommentars (1951) auf S. 26 (unter Allgemeines III A 2 F) zur Vermeidung des oft als zu scharf empfundenen Vorwurfs der Sittenwidrigkeit grundsätzlich § 823 Abs. 1 BGB anwenden wollten; ebenso HEFERMEHL in Anm. zu OLG Düsseldorf WuW 53, 234 ff (236 unter III/2).

3) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 43; vgl. NERRETER aaO., S. 99.

4) BGHZ 14, 163 ff (171 - "II. Constanze-Urteil").

5) GIESEKE aaO., GRUR 50, 298 ff.

neben § 1 UWG anwenden¹⁾. Praktische Unterschiede ergeben sich nicht aus dieser Meinungsverschiedenheit; denn nach beiden Auffassungen kann die Norm Anwendung finden, die das Klagebegehren zu stützen vermag²⁾.

Zweifelsfragen ergeben sich hinsichtlich der Verjährung (§ 21 UWG, § 852 BGB) und des Gerichtsstandes (§ 24 UWG, § 32 ZPO), die für die Ansprüche nach UWG einerseits, nach BGB andererseits abweichende Regelungen erfahren haben. Diesen Problemen kommt jedoch keine spezifisch abwerbungsrechtliche Bedeutung zu, so daß von einer Erörterung abgesehen werden kann.

1) GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 5; FIKENTSCHER aaO., S. 277; vgl. auch GRUB, AR-Blattei, Abwerbung von Arbeitskräften, Übersicht C IV.

2) Vgl. HAAGER in BGB-RGRK aaO., Anm. 6 vor § 823 BGB; SCHIPPEL aaO., S. 83; Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 194 und 43; GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 5; FIKENTSCHER aaO., S. 277; TETZNER aaO., Vorbem. 15; BGH GRUR 53, 292.

Z w e i t e s K a p i t e l

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Abwerbung.

Im vorigen Kapitel ging es um die nähere Erfassung der Generalklauseln, an denen in den folgenden drei Kapiteln typische Erscheinungsformen der Abwerbung gemessen werden sollen.

Am Anfang dieser Ausführungen stehe der häufigste Fall der Abwerbung, der zugleich als der "Grundfall" bezeichnet werden kann:

Ein Fabrikant benötigt Arbeitskräfte. Er wirbt deshalb den als tüchtig erkannten Facharbeiter eines Konkurrenten ab. Der Arbeitnehmer wickelt das frühere Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß ab. Dem betroffenen Arbeitgeber gelingt es, die Lücke wieder zu schließen.

Dieser Vorgang beeinträchtigt nach den früheren Darlegungen¹⁾ keine Werte, die im Recht am Unternehmen geschützt sind.

Er wäre aber sittenwidrig im Sinne der § 1 UWG und § 826 BGB, wenn er sich als grobe Mißachtung des Achtungsanspruchs des betroffenen Arbeitgebers auf sachgerechte Lösung des Interessenwiderstreites darstellte²⁾. Insoweit kommt es entscheidend auf eine Abwägung der Belange der beteiligten Arbeitgeber und des Arbeitnehmers an.

Für den betroffenen Arbeitgeber verkörpert die eingearbeitete Fachkraft einen für die Betriebsfortführung wesentlichen, mit Mühe und Kosten errungenen Wert. Das Ausscheiden des Mitarbeiters bringt Störungen und Reibungen im Betriebsablauf mit

1) Vgl. oben S. 26 ff, besonders S.38 ff.

2) Vgl. oben S. 20 f.

sich. Die Einstellung der Ersatzkraft ist jedenfalls mit Mühe, Kosten und Risiko verbunden.

Auf der anderen Seite gehört es zu den selbstverständlichen Pflichten jedes Unternehmers, die zur Fortführung oder Erweiterung eines Betriebes erforderlichen Mitarbeiter zu gewinnen ¹⁾. Auf solche ist der Abwerbende genauso angewiesen wie sein Konkurrent.

Die Belange beider Arbeitgeber sind voll schutzwürdig ²⁾. Sie werden gedeckt von den Wertentscheidungen, die in Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz getroffen sind ³⁾.

Die in gleicher Weise berechtigten Interessen des Arbeitnehmers auf freie Wahl des Arbeitsplatzes und bestmögliche Verwertung der Arbeitskraft gebieten es, die Abwerbung als zulässig anzusehen; denn schon diese Möglichkeit wird den Arbeitgeber veranlassen, günstige Arbeitsbedingungen zu gewähren. Sie ermöglicht es dem Arbeitnehmer, den Arbeitsplatz nicht aufgeben zu müssen, bevor ein anderer gefunden ist. Sie setzt den Arbeitnehmer in die relativ stärkere wirtschaftliche Position des Umworbenen gegenüber dem, der sich um eine Stellung bewerben muß. Nun klingen im Verhältnis zwischen Ar-

1) Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen, Gutachten Nr.4/1955, Abwerben von Arbeitskräften.

2) PREUSS aaO., S. 47; RUDLOFF-BLOCHWITZ aaO., S. 159 (nationalsozialistisch phrasiert); BUSSMANN-Droste, Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, Essen 1951 S. 131.

3) Die Anführung der Grundrechtsartikel erfolgt im Sinne des "Lüth"-Urteils des BVerfG (E 7, 198 ff, 215). Da die Grundrechtsbestimmungen nicht unmittelbar angewendet werden, bedarf es keines Eingehens darauf, daß Art. 2 Abs. 1 GG das Auffanggrundrecht für alle unbenannten Freiheitsrechte ist; vgl. hierzu Maunz-DÜRIG aaO., Art. 2 GG RN 6.

beitnehmer und Arbeitsgeber Treupflichten an ¹⁾. Sie hindern den Arbeitnehmer aber nicht, seine eigenen Interessen mit zulässigen Mitteln zu fördern, auch wenn dem Arbeitgeber daraus Nachteile entstehen. Insbesondere steht die Treupflicht einer Kündigung des Arbeitnehmers nicht entgegen ^{2) 3)}.

Die Interessen der Allgemeinheit schwingen im Einzelfall nur schwach im Hintergrunde mit. Sie sind auf Wahrung der freiheitlichen und sozialen Prinzipien, auf produktiven Einsatz der Arbeitskräfte ⁴⁾, auf möglichst günstige Arbeits- und Lebensbedingungen für alle arbeitenden Menschen, aber auch auf Stabilität und Ordnung im Wirtschafts- und Arbeitsleben gerichtet. Diese Interessen vermögen das Gewicht der hauptsächlich beteiligten Belange nicht wesentlich zu verschieben.

Die Abwägung der entgegengesetzten Interessen läßt zumindest kein Überwiegen der Belange des betroffenen Arbeitgebers erkennen. Dieser hat die Möglichkeit, durch geeignete Maßnahmen während der Kündigungsfrist, etwa durch Einstellung und Einarbeitung einer Ersatzkraft, Vorsorge zu treffen. Er hat ferner die Möglichkeit, durch entsprechende Gestaltung der Arbeitsverträge sich weitgehend zu sichern.

-
- 1) MEISSINGER, AR-Blattei, Treupflicht im Arbeitsrecht, Übersicht D II 8 b; BUSSMANN-Droste aaO., S. 131.
 - 2) HUECK-Nipperdey aaO., S. 222; BAG DB 59, 1374 f; BAG DB 58, 371 (hier ist ausgesprochen, daß der Arbeitnehmer kündigen dürfe, dafür das Risiko übernehmen müsse, auf seiner neuen Stelle vor Ablauf der für den Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz maßgeblichen 6-Monats-Frist gekündigt zu werden); LAG Düsseldorf BB 56, 529.
 - 3) In Sonderfällen kann eine Kündigung gegen Treu und Glauben verstoßen (vgl. SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 350; HERSHEL aaO., BB 60, 105 ff, 106; BAG DB 59, 1375). In diesen Fällen ist eine ordnungsmäßige Abwicklung des Arbeitsverhältnisses nicht möglich. Sie gehören daher nicht in den hiesigen Zusammenhang.
 - 4) MINTA, Abwerbung - ein neues Schlagwort, Soziale Sicherheit 55, 332 f.

Schon aufgrund des Grundsatzes, daß im Wirtschaftsleben niemand verpflichtet ist, gleichwertige eigene Interessen denen eines anderen nachzustellen, gelangt man zu dem Ergebnis, daß es nicht sittenwidrig ist, einen Arbeitnehmer zu ordnungsmäßiger Vertragsabwicklung zu veranlassen. Abwerbung in dieser Form ist daher grundsätzlich zulässig¹⁾. Die sich daraus für den betroffenen Arbeitgeber ergebenden Nachteile bringen Wettbewerb und Wirtschaftsleben ihrem Wesen nach mit sich²⁾.

Bestimmte abweichende Erscheinungsformen können jedoch zu Bedenken Anlaß geben. Aufgabe der folgenden Ausführungen soll es sein, einige Grundsätze herauszuarbeiten, die für einen Teil ähnlich gelagerter Fälle einigermaßen sichere und vorausberechenbare Entscheidungen ermöglichen. Damit soll ein Beitrag geleistet werden zur Lösung der durch die weit gespannten Generalklauseln ständig neu gestellten Aufgabe.

-
- 1) Allgemeine Meinung: Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 233; GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 15 b; REIMER aaO., Kap. 76 RN 5 (S. 517); BUSSMANN-Droste aaO., S. 131; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 66 und 146; GOERKE, Abwerben von Personal, WRP 55, 12 f; GUMPERT, Rechtsbehelfe gegen Abwerbung von Arbeitnehmern und Ausscheiden von Arbeitnehmern unter Vertragsbruch, BB 55, 964 ff (unter A); GÜTEBIER, Das Abwerben von Gefolgsleuten und ihre Verleitung zum Vertragsbruch und Geheimnisverrat, GRUR 38, 954 ff (955); HANS aaO., S. 56; HERSCHEL aaO., BB 60, 105 ff (106 unter III a); PREUSS aaO., S. 47; SCHLESSMANN, Der Vertragsbruch im Arbeitsvertragsrecht, Mensch und Arbeit 55, 187; SPENGLER aaO., S. 17 ff (unter A II 2 b); STRITZKE, Eindringen sozialer Gedanken in das Wettbewerbsrecht, MuW 30, 386; ZITZLAFF, Ausspannen von Arbeitnehmern und Kunden, BB 51, 674; und zahlreiche andere; ferner ständige Rechtsprechung, vgl. RG MuW 1913/14, 153 ff; JW 34, 2137 ff (mit zustimmender Anm. von v.GODIN); GRUR 38, 137 ff (139); vgl. auch Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 29; vgl. jetzt auch BGH NJW 61, 1308 ff (1309).
- 2) Vgl. Mitteilungen der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Der Wettbewerb 56, 32; VOGEL aaO., BB 60, 135 ff (unter III); vgl. im übrigen FN 1).

D r i t t e s K a p i t e l

A b w e r b u n g u n t e r V e r t r a g s - b r u c h d e s A r b e i t n e h m e r s

A) Verleitung zum Vertragsbruch.

I.) Problem und Meinungsstand.

Veranlaßt der Abwerbende den Arbeitnehmer, den Arbeitsplatz ohne Einhaltung der Kündigungsfrist oder sonst vertragswidrig zu wechseln ¹⁾, so spricht man von einem Verleiten zum Vertragsbruch.

Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB werden hierdurch in der Regel nicht ausgelöst, da das Recht am Unternehmen nicht beeinträchtigt wird und die Verletzung eines obligatorischen Rechts nicht von dieser Bestimmung erfaßt wird. Ansprüche aus Teilnahme Gesichtspunkten werden wegen der auf die Parteien beschränkten Wirkung des gebrochenen Vertrages nicht ausgelöst ²⁾.

Ansprüche aus § 1 UWG, § 826 BGB kommen dann in Betracht, wenn die Verleitung zum Vertragsbruch sittenwidrig ist. Zu dieser Frage werden im wesentlichen drei Auffassungen vertreten.

Eine Meinung hält die Verleitung zum Vertragsbruch schlechthin für sittenwidrig. Lediglich besondere Umstände des Ein-

-
- 1) Die Bestimmung der Kündigungsfristen muß dem Arbeitsrecht überlassen bleiben; vgl. SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 365 ff.
 - 2) SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 326; HERRMANN, Verleitung zum Vertragsbruch, GRUR 55, 21 ff (unter II).

zelfalls könnten die Sittenwidrigkeit ausschließen ¹⁾.

Die wohl herrschende Meinung sieht Verleitung zum Vertragsbruch dann als sittenwidrig an, wenn sie im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs vorgenommen wird ²⁾.

Eine dritte Meinung hält die beiden erstgenannten Auffassungen für unzutreffend. Sittenwidrigkeit könne erst dann angenommen werden, wenn weitere verwerfliche Umstände hinzu-

-
- 1) GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 15 b; GRUB, AR-Blattei, Wegengagieren von Arbeitskräften, Übersicht B III 1; GÜTEBIER aaO., GRUR 38, 954 ff (959); GOERKE aaO., WRP 55, 12; Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen, Gutachten Nr. 4/1955, Abwerben von Arbeitskräften (= Der Wettbewerb 1957 Nr. 2 S 4); HERRMANN aaO., GRUR 55, 21 ff (24); Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 28; Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 235 (dieses Zitat ist nicht eindeutig, da sich Hefermehl an sich nur mit Wettbewerbsfällen befaßt); JAEPISCH aaO., Neue Wirtschaftsbriefe Fach 26, 317 ff (unter III); REIMER aaO., Kap. 76 RN 2 (S. 516); SPENGLER aaO., S. 17 ff (unter A II 2 a); TETZNER aaO., § 1 UWG RN 142; ZITZLAFF aaO., BB 51, 674 ff (unter 1 a); RG MuW 34, 410 (aufgrund des Sachverhaltes nicht ganz eindeutig).
 - 2) HANS aaO., S. 46; HAAGER in BGB-RGRK aaO., § 826 BGB Anm. 29; GUMPERT aaO., BB 55, 964 ff (967 unter II a); CALLMANN aaO., § 1 UWG RN 90 (am Ende) und PREUSS aaO., S. 41 (beide mit starker Neigung zur Annahme steter Sittenwidrigkeit); STURN, Darf man Arbeitskräfte abwerben, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 55, 390 f; STRITZKE aaO., MuW 30, 386; Enneccerus-LEHLMANN aaO., § 236 III 1 d (S. 959); RGZ 81, 86 (mit sehr weitgehender Formulierung in Richtung auf stete Sittenwidrigkeit; der Sache nach betraf das Urteil aber Wettbewerbsfall); RG MuW 35, 63; OLG Hamburg WRP 55, 133 ff (134); BGH GRUR 56, 273 ff (274).

träten ¹⁾. Die Anhänger dieser Ansicht stützen sich auf folgende Argumente:

Wäre jede Verleitung zum Vertragsbruch sittenwidrig, so wäre die Regelung des § 125 GewO unverständlich ²⁾. Ein Dritter könne einen Vertrag, der nur "inter partes" wirke, schon begrifflich nicht verletzen. Die Annahme, jede oder die im Wettbewerb erfolgende Verleitung zum Vertragsbruch sei sittenwidrig, würde zu einer verschleierte Anerkennung des vom Gesetzgeber bewußt ³⁾ aus dem gemeinen Recht nicht in das BGB übernommenen "jus ad rem" führen und das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot des § 137 BGB verdinglichen ⁴⁾. Außerdem könne die Verleitung zum Vertragsbruch schon deshalb nicht sittenwidrig sein, weil es der Vertragsbruch selbst nicht sei. Schließlich würden persönliche Freiheit und fruchtbares Walten des Interessenkampfes beschnitten werden, hätte man den beiden anderen Ansichten zu folgen. ⁵⁾

-
- 1) Vgl. Palandt-GRAMM aaO., § 826 BGB Anm. 8 q; BECHER, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage München 1932, S. 58 f (Nr. 64 und 68); HAMBURGER in Anm. zu RG JW 31, 2238 (mit weiteren Zitaten); RGZ 103, 419 ff (421); KG in der Wiedergabe durch RG MuW 34, 63; OLG Braunschweig in der Wiedergabe durch BGH GRUR 56, 273 ff (274); vgl. auch die Zitate bei PREUSS aaO., S. 27 f.
 - 2) Vgl. oben, S. 6. Dieses Argument wird beispielsweise von RG JW 06, 465 gebraucht. In der Rechtsprechung wird es, soweit ersichtlich, später nicht wiederholt. Vgl. aber Staudinger-ENGELMANN, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Teil, 9. Auflage München-Berlin-Leipzig 1929, § 826 BGB Anm. 3 c gamma.
 - 3) Motive Band 2 S. 2 und 3.
 - 4) REICHEL, Reverssystem und Außenseiter, AcP 1927, 257 ff (274).
 - 5) KISS, Verleitung zur Vertragsverletzung, Festschrift für Ernst Zitelmann, München-Leipzig 1913, S. 16.

II.) Stellungnahme

1.) Die grundsätzlichen Bedenken.

Den von den Anhängern der dritten Auffassung angeführten grundsätzlichen Bedenken ist entgegenzuhalten:

Der Hinweis auf § 125 GewO enthält kein stichhaltiges Argument. Das folgt schon daraus, daß diese Bestimmung älter ist als es die Normen des BGB und UWG sind ¹⁾. Darüber hinaus sind Zielsetzungen, Geltungsbereiche, Voraussetzungen und Folgen der Anwendung der Normen durchaus verschieden ²⁾.

Auch der Hinweis darauf, daß ein Dritter einen Vertrag schon begrifflich nicht verletzen könne, greift nicht durch. Diese Relativität des Schuldverhältnisses besagt lediglich, wie HERRMANN ³⁾ zutreffend bemerkt, daß nur der Schuldner zur Vertragserfüllung und Leistung verpflichtet ist. Davon zu trennen ist aber die Frage, ob sich ein Dritter über das Bestehen eines zwischen anderen Partnern geschlossenen Vertrages hinwegsetzen darf ⁴⁾.

Schließlich geht auch die Berufung auf die angebliche verschleierte Anerkennung eines "jus ad rem" fehl ⁵⁾. Dieses

1) Das BGB stammt aus dem Jahre 1896, das UWG aus dem Jahre 1909, die Gewerbeordnung dagegen schon aus dem Jahre 1869. Spätere Änderungen der Gesetze haben die fraglichen Bestimmungen unberührt gelassen.

2) Vgl. Landmann-Rohmer-Eyermann-FRÖHLER aaO., § 125 GewO Anm. 1; PREUSS aaO., S. 19; CALTMANN aaO., § 1 UWG Anm. 90; DEGEN, Die Bedeutung des § 826 BGB für den gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 09, 137 ff (148).

3) aaO., GRUR 55, 21 ff (22).

4) Vgl. HANS aaO., S. 43.

5) HANS aaO., S. 42 f.

beinhaltet, daß ein vertraglich geschuldeter Gegenstand dem Gläubiger derart verfangen sein soll, daß dieser kraft des dem "jus ad rem" innewohnenden Herausgabeanspruchs den Gegenstand von jedem Dritten herausverlangen kann ¹⁾. Die Anwendung der §§ 1 UWG, 826 BGB würde dagegen bei Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen zu einem Schadenersatzanspruch führen, aufgrund dessen im Einzelfall im Wege der Naturalrestitution nach § 249 BGB auch die Herausgabe einer Sache einmal verlangt werden könnte. Keinesfalls betrifft aber jede Verleitung zum Vertragsbruch ein Schuldverhältnis, das die Leistung einer Sache zum Gegenstand hat ²⁾. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb ein allenfalls bestehendes Bedenken hinsichtlich solcher Schuldverhältnisse dazu führen sollte, eine umfassende Generalklausel eines großen Teils ihrer Wirksamkeit zu berauben. Insbesondere ließe sich nicht begründen, daß ein solches Bedenken die nach autonomen Grundsätzen zu ermittelnde Sittenwidrigkeit ausschließe. Diese Überlegungen machen auch deutlich, daß von einer Verdinglichung des Veräußerungsverbot nach § 137 BGB keine Rede sein kann.

Daß der Vertragsbruch selbst regelmäßig nicht sittenwidrig ist, schließt Sittenwidrigkeit der Verleitung nicht aus. Diese stellt sich gegenüber dem Vertragsbruch durchaus als ein "aliud" dar, das verwerflicher als der Vertragsbruch sein kann; das wird am Beispiel der Abwerbung klar, wenn man bedenkt, daß der Vertragsbrüchige häufig ein Arbeitnehmer mit relativ geringem Verdienst sein wird, der den Verlockungen einer besseren Bezahlung nicht gewachsen ist, während der Abwerbende ein erfahrener Kaufmann sein wird, von dem die Einhaltung von Recht und guten Sitten ungleich eher er-

1) HERRMANN aaO., GRUR 55, 21 ff (23).

2) z.B. Arbeitsverträge.

wartet werden kann ¹⁾.

Die weiter vorgebrachten Bedenken im Hinblick auf die Beschränkung der persönlichen Freiheit und des fruchtbaren Waltens des Interessenkampfes stehen der Annahme einer Sittenwidrigkeit der Verleitung zum Vertragsbruch nicht grundsätzlich entgegen. Es handelt sich vielmehr um Argumente, die im Rahmen einer Interessenabwägung zu würdigen sind.

Schon aufgrund der bisherigen Überlegungen kann festgestellt werden, daß grundsätzliche Bedenken der Annahme, Verleitung zu Vertragsbruch sei stets sittenwidrig, nicht entgegenstehen.

2.) Die Interessenabwägung.

Entsprechend den früher dargelegten Grundsätzen ²⁾ ist zu prüfen, ob die Verleitung eines Arbeitnehmers zum Vertragsbruch den auf eine sachgerechte Lösung des Interessenwiderstreits gerichteten Achtungsanspruch des betroffenen Arbeitgebers gröblich mißachtet.

Wie schon im zweiten Kapitel ausgeführt, stehen sich wiederum grundsätzlich schutzwürdige Interessen der Beteiligten gegenüber ³⁾. In ihrer Bewertung ergeben sich jedoch Unterschiede.

Das Interesse des betroffenen Arbeitgebers ist durch einen vertraglichen Anspruch gegenüber dem Arbeitnehmer besonders

1) Vgl. HANS aaO., S. 44; GUMPERT aaO., BB 55, 964 ff (966 unter D); TETZNER aaO., § 1 UWG RN 142; SPENGLER aaO., S. 17 ff (unter A II 2 a); RGZ 81, 86 ff (90).

2) Vgl. oben, S. 20/21

3) Vgl. oben, S. 50 ff.

geschützt. Daß der Erfüllungsanspruch nach § 888 Abs. 2 ZPO nicht vollstreckbar ist, mindert seinen Wert nicht. Diese Bestimmung will lediglich eine mit der Würde des Menschen unvereinbare Zwangsarbeit verhindern. Sie bewahrt den Arbeitnehmer aber nicht vor möglicherweise hohen Schadenersatzforderungen und den damit verbundenen Folgen für seine Lebensführung. Das Arbeitgeberinteresse erfährt eine weitere Verstärkung dadurch, daß ordnungswidrige Vertragslösung dem Arbeitgeber die Chance nimmt, durch geeignete Vorkehrungen (Umorganisationen, Einstellung und Einarbeitung einer Ersatzkraft) den mit dem Ausscheiden des Arbeitnehmers verbundenen Nachteilen vorzubeugen und den Schaden möglichst gering zu halten.

Demgegenüber sind die Interessen des Arbeitnehmers an einer ordnungswidrigen Lösung des Arbeitsverhältnisses rechtlich regelmäßig gering zu bewerten¹⁾. Das Gesetz anerkennt ein solches Interesse nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (§ 626 BGB, § 70 HGB und § 124 a GewO). Die bloße Möglichkeit, anderweit mehr zu verdienen, gibt aber keinen solchen Grund^{2) 3)}. Diese Bewertung steht nicht in Widerspruch zu den Grundrechten. Diese decken mit ihren Wertentscheidungen nur die freie Wahl des Arbeitsplatzes und die Freiheit der Bindung an einen Arbeitgeber⁴⁾. Wer sich über solche frei ge-

-
- 1) IAG Frankfurt DB 56, 774 ff (776 unter g).
 - 2) IAG Bremen AP § 611 BGB, Anspruch auf Arbeitsleistung Nr. 3 mit zustimmender Anm. von HUECK.
 - 3) Vgl. aber § 68 Seemannsgesetz vom 26.7.57 (BGBI. II, 713). Nach dieser Bestimmung kann ein Besatzungsmitglied das Heuerverhältnis aus wichtigem Grunde fristlos kündigen, wenn ohne besondere Kosten und ohne Aufenthalt für das Schiff ein geeigneter Ersatzmann an die Stelle des Kündigenden treten kann. Als wichtiger Grund wird ausdrücklich genannt der Nachweis, daß das Besatzungsmitglied eine höhere Stellung im Schiffsdienst erlangen kann.
 - 4) WEIMAR, Inwieweit kann der Arbeitgeber einen von ihm geförderten Arbeitnehmer an sich binden, AuR 55, 175. IAG Frankfurt DB 56, 774 ff (776 unter g).

wählten Bindungen hinwegsetzen möchte, kann sich dagegen regelmäßig nicht auf die Grundrechte berufen.

Zugunsten des betroffenen Arbeitgebers ist ferner das gewichtige Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung der Vertragstreue als einem Fundamentalsatz unserer Rechtsordnung in die Waagschale zu werfen. In dessen Folge ist das Interesse des abwerbenden Arbeitgebers mit einer negativen Bewertungstendenz ¹⁾ belastet, wie § 125 GewO zeigt. Nach dieser Bestimmung ist ein Arbeitgeber sogar dann verpflichtet, seine Interessen zurückzustellen, wenn er den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer gutgläubig eingestellt hat. Um so mehr muß diese Bewertung dort Platz greifen, wo der Arbeitgeber selbst durch seine Verleitungshandlung die Konfliktsituation heraufbeschworen hat.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Interessen des betroffenen Arbeitgebers wesentlich gewichtiger sind als die entgegengesetzten vereinten Belange des Abwerbenden und des Abgeworbenen.

Dieser Konfliktsituation kann nur eine Lösung gerecht werden, bei der sich die Interessenlage in etwa ausgeglichen darstellt. Ein solches Ergebnis läßt sich nur dann erreichen, wenn man auf ordnungsmäßiger Vertragsabwicklung besteht. Mit dieser endet die vertraglich geschützte Sonderstellung des betroffenen Arbeitgebers. Dieser kann sich auf das Ausscheiden des Arbeitnehmers einstellen. Der Arbeitnehmer begeht keinen Vertragsbruch. Dem Abwerbenden ist das meist relativ kurze Warten bis zum Ablauf der Kündigungsfristen zumutbar. Auf eine solche Lösung ist der Achtungsanspruch der Belange des betroffenen Arbeitgebers gerichtet.

Demgegenüber stellt sich die Verleitung zum Vertragsbruch als rücksichtslose, grob sachwidrige Mißachtung gewichtigerer

1) Vgl. HUBMANN, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP 1956, S. 85 ff (93 ff).

entgegenstehender Interessen dar. Die Abwerbung durch Verleitung des Arbeitnehmers zum Vertragsbruch ist daher sittenwidrig im Sinne der § 1 UWG, § 826 BGB, wenn keine Umstände vorliegen, die im Einzelfall zu einer anderen Beurteilung der Interessenlage führen ¹⁾.

Sittenwidrig ist die Verleitung nicht nur dann, wenn der Arbeitnehmer seine Tätigkeit für den bisherigen Arbeitgeber überhaupt einstellt. Sittenwidrig ist vielmehr schon die Verleitung zur Verletzung jeder tragenden Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis ²⁾.

Bemerkenswert an diesem Ergebnis ist, daß es für die Annahme der Sittenwidrigkeit der Abwerbung unter Verleitung zum Vertragsbruch nicht auf das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Arbeitgebern ankommt. Ob die herrschende Meinung ³⁾, die nur die Verleitung zu Wettbewerbszwecken regelmäßig als sittenwidrig ansieht, für Abwerbungsfälle zu dem hier vertretenen Ergebnis gelangen würde, kann nicht mit Sicherheit beurteilt werden; denn Schrifttum und Rechtsprechung befassen sich, wie bereits früher deutlich wurde, höchstens am Rande mit Fällen, in denen die beteiligten Arbeitgeber nicht Wettbewerber im Sinne des § 1 UWG sind ⁴⁾. Die Übereinstimmung dürfte jedoch zu bejahen sein. Als den der herrschenden Meinung zugrundeliegenden Gedanken wird man nämlich

1) Vgl. oben, S. 55 FN 1) und 2), ferner REICHEL aaO., AcP 127 (1927), 276. Selbstverständlich müssen die früher (oben S. 21 ff, 26) geschilderten subjektiven Voraussetzungen erfüllt sein. Auf die Frage, ob und wie weit der Abwerbende nach vertraglichen Bindungen des Arbeitnehmers zu fragen hat, kann hier nicht eingegangen werden. Das RG hat eine Prüfungspflicht bei Einstellung seltener Spezialisten für denkbar gehalten (MuW 34, 63; vgl. GÜTEBIER aaO., GRUR 38, 955).

2) Vgl. BGH MDR 60, 819 und BGH NJW 61, 1308 ff (1309)

3) Vgl. oben S. 55

4) Vgl. oben S. 13 f; wie hier TETZNER aaO., § 1 UWG RN 142 und SPENGLER aaO., S. 17 ff (unter A II 2 a).

anzusehen haben, daß die Verleitung zum Vertragsbruch dann sittenwidrig ist, wenn der Vertragsbruch ausgenutzt werden soll, wie das bei der Verleitung zu Wettbewerbszwecken definitionsgemäß der Fall ist ¹⁾.

Das gefundene Ergebnis erfährt eine gewisse Bestätigung durch die Entscheidung des BGH vom 24.2.54 ²⁾: Im Zusammenhang mit der Finanzierung von Filmgeschäften veranlaßte der Gläubiger des nach außen allein in Erscheinung tretenden Gesellschafters einer Innengesellschaft diesen zur Abtretung einer Gesellschaftsforderung, um eine Sicherung für eine schon länger bestehende Forderung zu erlangen. Für diesen Fall hat der BGH ausgesprochen, daß die Verleitungshandlung (des Gläubigers), die in der Person des Vertragsbrüchigen (des Gesellschafters) einen schweren Verstoß gegen gesellschaftsrechtliche Pflichten zur Wahrung der Vermögensbelange der übrigen Gesellschafter darstellt, den Verleitenden zu Schadenersatz verpflichten kann. Bedenkt man, daß gesellschaftsrechtliche und arbeitsrechtliche Treupflichten starke Ähnlichkeiten aufweisen ³⁾, so wird man wohl annehmen müssen, daß der BGH auch die außerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses erfolgende Verleitung eines Arbeitnehmers zum Bruch des in besonderem Maße durch Treuegedanken geprägten Arbeitsverhältnisses als sittenwidrig ansehen würde. Gegen diese Entscheidung hat

1) Damit ist nicht gesagt, daß jede Verleitung zum Vertragsbruch sittenwidrig ist. Das hier vertretene Ergebnis gilt nur für die Fälle, in denen Arbeitnehmer unter Vertragsbruch aus einem früheren Arbeitsverhältnis herausgelöst und vom Verleitenden eingestellt werden.

2) BGHZ 12, 308 ff (318 ff).

3) So hat der BGH die Vorbereitung künftigen Wettbewerbs durch einen Gesellschafter nach den für das Arbeitsrecht entwickelten Grundsätzen beurteilt (AP § 611 BGB, Treupflicht Nr. 3 mit Anm. von VOLLMER); vgl. auch SCHNORR VON CAROLSFELD, Zur Arbeitsleistung im Rahmen von Gesellschaftsverhältnissen, Festschrift für Alfred Hueck, München und Berlin 1959, S. 261 ff (279).

GRAMM ¹⁾ eingewandt, daß die Sittenwidrigkeit nicht am Verhalten des Verleiteten, sondern des Verleitenden zu messen ist. Mag diese Kritik den vom BGH entschiedenen Fall treffen; den hier zur Diskussion stehenden Bereich des Wettbewerbs- und Arbeitsrechtes trifft sie nicht: Dort handelte es sich um die nachträgliche Absicherung hoher Geldforderungen durch geschäftserfahrene Filmkaufleute. Hier aber geht es darum, daß regelmäßig weniger erfahrene Personen den Verlockungen eines günstigen Angebots leichter nachzugeben bereit sein werden, das ihnen von gewiegtten Arbeitgebern unterbreitet wird. In dem vom BGH entschiedenen Fall bestand die Konfliktsituation wirtschaftlich schon vorher, hier wird sie durch das Eingreifen des Abwerbenden erst ausgelöst.

III.) Die Abgrenzung zwischen Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnutzung eines Vertragsbruches.

Nach allgemeiner Meinung ist der Begriff der Verleitung nicht identisch mit dem strafrechtlichen Begriff der Anstiftung. HANS ²⁾ bezeichnet als Verleitung die Ausübung jedes den noch nicht vollendeten Vertragsbruch begünstigenden Einflusses. Danach verleitet auch der Arbeitgeber zum Vertragsbruch, der in Kenntnis des bestehenden Arbeitsvertrages einem an ihn herantretenden, fest zum Vertragsbruch entschlossenen Arbeitnehmer vor offener Vollziehung des Vertragsbruches die Einstellung zusagt oder ihm Hoffnung macht; denn ohne dieses, über bloße Passivität hinausgehende Verhalten des Arbeitgebers hätte der Arbeitnehmer regelmäßig den Vertragsbruch

1) In Palandt-Gramm aaO., § 826 Anm. 7 q.

2) aaO., S. 41.

nicht oder noch nicht vollzogen ¹⁾).

Bloße Ausnutzung eines Vertragsbruches liegt demnach nur dann vor, wenn der Arbeitsvertrag bereits vor der Einflußnahme durch den einstellenden Arbeitgeber tatsächlich gebrochen war. Der bloße innere Abkehrwille des Arbeitnehmers genügt nicht.

Diese praktisch allein brauchbare Abgrenzung stellt eine glückliche Präzisierung und Fortentwicklung der zahlreichen, inhaltlich meist gleichbedeutenden Begriffsbestimmungen und Abgrenzungen in Literatur ²⁾ und Rechtsprechung ³⁾ dar. Sie kann hier ohne weiteres übernommen werden.

1) GOERKE aaO., WRP 55, 12.

2) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 235; Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 28 (unter a); TETZNER aaO., § 1 UWG RN 141; Verlautbarung des Deutschen Industrie- und Handelstages in Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer Bochum 1956, 34; vgl. aber auch REIMER (aaO., Kap. 76 RN 2, S. 515), der es nicht als Verleitung ansieht, wenn der vertraglich gebundene Arbeitnehmer von sich aus den Willen zur Nichteinhaltung des Vertrages bekundet. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Weg vom Entschluß zur Ausführung eines Vertragsbruchs oft weit ist, und daß dem abwerbenden Arbeitgeber nicht die bequeme und kaum widerlegbare Ausrede eröffnet werden darf, der Arbeitnehmer sei von sich aus an ihn herangetreten.

3) RG JW 26, 563; MuW 34, 410 ff (414); GRUR 39, 562 ff (566); GRUR 35, 320; BGH NJW 61, 1308 ff (1309).

B) Abwerbung unter Ausnutzung des Vertragsbruches des Arbeitnehmers.

I.) Der Meinungsstand.

Wann die in der genannten Weise verstandene Ausnutzung eines Vertragsbruches sittenwidrig ist, ist weitgehend ungeklärt ¹⁾.

Vereinzelte Stimmen sehen die Ausnutzung eines Vertragsbruches zu Zwecken des Wettbewerbs schlechthin als sittenwidrig an ²⁾. Die herrschende Meinung hält dagegen das Hinzutreten besonderer, im einzelnen umstrittener Umstände für erforderlich ³⁾. Aus der umfangreichen Kasuistik seien einige Beispiele herausgegriffen. Sittenwidrig soll der Arbeitgeber handeln, der dem Arbeitnehmer durch Freistellung von Ansprüchen seitens des ehemaligen Arbeitgebers und durch Verzicht auf eigene Ansprüche im Falle eines Durchdringens des bisherigen Arbeitgebers den Rücken stärkt ⁴⁾. Weiterhin soll Sittenwidrigkeit gegeben sein, wenn die Ausnutzung des Vertragsbruches im Rahmen eines planmäßigen Vorgehens zum Zwecke der Schwächung des anderen Betriebes erfolgt oder wenn der vertragsbrüchige Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf die Lage auf dem Arbeitsmarkt eingestellt wird, um ihn im bisherigen Wirkungs-

1) An dieser Stelle darf auf die lebhaftete Auseinandersetzung zu der Frage hingewiesen werden, ob Arbeitsämter vertragsbrüchige Arbeitnehmer vermitteln dürfen; vgl. hierzu Literaturangaben in den NJW-Fundheften, Arbeitsrecht 1956 Nr. 4337 ff.

2) GÜTEBLIER aaO., GRUR 38, 954 ff (961); DEGEN, Fabrikspionage und Geheimnisverrat, MuW 27, 431 ff (439).

3) GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 15 b; REIMER aaO., Kap. 76 RN 3 (S. 517); Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 236; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 143; vgl. BGH GRUR 56, 273 ff (275) und GRUR 57, 219 ff (221).

4) GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 15 b.

kreis gegen den früheren Arbeitgeber einzusetzen ¹⁾. Auch das Ziel, durch die Einstellung des Arbeitnehmers Geschäftsgeheimnisse der Konkurrenz zu erfahren oder mit Hilfe des übergetretenen Arbeitnehmers Werbung im Kundenkreis des Konkurrenten zu treiben, wird als besonderer Umstand angesehen, der die Sittenwidrigkeit begründet ²⁾. Gleiches soll gelten, wenn es sich um eine schwer ersetzbare Arbeitskraft handelt ³⁾.

II.) Stellungnahme.

Die genannten besonderen Umstände werden in Schrifttum und Praxis möglichst kumulativ herangezogen. Sie dienen ebenso dazu, die Sittenwidrigkeit der Ausnutzung eines Vertragsbruches wie der der Veranlassung zu ordnungsmäßiger Vertragsabwicklung zu begründen ⁴⁾. Ihnen kommt daher keine spezifische Bedeutung bei der Beurteilung der Frage zu, ob Abwerbung unter Ausnutzung des Vertragsbruches eines Arbeitnehmers zulässig ist.

An der Herausarbeitung eines leitenden Gedankens zur Lösung gerade dieses Problems fehlt es bisher, soweit ersichtlich. Im folgenden soll ein diesbezüglicher Versuch unternommen werden.

Auszugehen ist von der Lage, die der einstellende Arbeitgeber vorfindet. Der Arbeitsvertrag ist gebrochen. Gegen den Arbeitnehmer bestehen Ansprüche auf Schadenersatz und Erfüllung. Der Erfüllungsanspruch ist nach § 888 Abs. 2 ZPO nicht durchsetzbar. Der bisherige Arbeitgeber kann nur hoffen, daß

1) GOERKE aaO., WRP 55, 12.

2) REIMER aaO., Kap. 76 RN 3 (S. 517); GOERKE wie FN 1); Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 28 f.

3) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 236; vgl. auch HANS aaO., S. 52; ZITZLAFF aaO., BB 51, 674.

4) HANS aaO., S. 51 einerseits, S. 64 ff andererseits.

der Arbeitnehmer wirtschaftlich in Druck gerät und deshalb das bisherige Arbeitsverhältnis fortsetzt. In wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät der Arbeitnehmer am ehesten dann, wenn er seine Arbeitskraft für die Zeit der andauernden Verpflichtung aus dem gebrochenen Arbeitsvertrag nicht anderweit verwerten kann. Dementsprechend ist der betroffene Arbeitgeber daran interessiert, daß der Arbeitnehmer wenigstens zeitweise keine andere Beschäftigung aufnehmen darf. Gleichgerichtete Interessen ergeben sich dann, wenn es zu verhindern gilt, daß der Arbeitnehmer durch eine anderweite Tätigkeit dem betroffenen Arbeitgeber Schaden zufügt ¹⁾.

Diesen Interessen des ehemaligen Arbeitgebers sieht sich der Arbeitgeber gegenüber, der den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer in Kenntnis des Vertragsbruches einstellen will. Die Frage ist daher, ob diesen Interessen ein Achtungsanspruch zukommt, dessen Mißachtung durch den Einstellenden als sittenwidrig erscheint. Hierzu bedarf es der Klärung, ob der frühere Arbeitgeber gegen den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer einen durchsetzbaren Anspruch auf Unterlassung anderweiter Beschäftigung hat. Wäre diese Frage zu verneinen, müßte man vorbehaltlich besonderer Umstände einen Achtungsanspruch des bisherigen Arbeitgebers gegen den neuen ablehnen. Würde sich nämlich ein Arbeitgeber durch die Einstellung eines vertragsbrüchigen Arbeitnehmers dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit und Ansprüchen aussetzen, so hätte das zur Folge, daß der ehrliche Arbeitnehmer, der seinen neuen Arbeitgeber über die andauernden Bindungen informiert, praktisch doch keine anderweite Tätigkeit aufnehmen könnte.

1) Vgl. die Beispiele unten, S. 73 f.

Eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung zu dieser Frage fehlt. Aus § 60 HGB kann nur das Verbot für den Handlungsgehilfen abgeleitet werden, bestimmte *s e l b s t ä n d i g e* Tätigkeiten vorzunehmen. Abhängige Arbeit für einen anderen Unternehmer wird von dieser Bestimmung nicht erfaßt ¹⁾.

Aber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung wird das Bestehen eines Anspruchs gegen den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer auf Unterlassung anderweiter Tätigkeit bis zur rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses allgemein anerkannt, wenn eine entsprechende Verpflichtung besonders vereinbart ist ²⁾. Im übrigen ist die Frage aber lebhaft umstritten ³⁾. Die einen bejahen generell einen solchen, nach § 890

-
- 1) Die zahlreichen Probleme um diese Bestimmung, besonders im Hinblick auf die Dauer des gesetzlichen Wettbewerbsverbotes, können hier deshalb dahinstehen. Vgl. Baumbach-DUDEN, Handelsgesetzbuch 13. Auflage Berlin-München 1959, §§ 60, 61 HGB Anm. 1 A (am Ende); SCHRÖDER in Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 3. Auflage Berlin und Frankfurt 1955, § 60 RN 6 und 8; SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 334; NIKISCH, Arbeitsrecht aaO., S. 388 ff; HUECK-Nipperdey aaO., S. 227 ff; GROS, AR-Blattei Wettbewerbsverbot II; BGH in AP § 60 HGB, Wettbewerbsverbot Nr. 1 mit Anm. von HUECK; LAG Kiel in AP § 60 HGB Wettbewerbsverbot Nr. 2 mit Anm. von NIKISCH.
 - 2) HUECK-Nipperdey aaO., S. 193 FN60; JAERISCH, Arbeitsvertragsbruch und Abwerbung, Neue Wirtschaftsbrieфе Fach 26, 317 (unter II/2); derselbe, Arbeitsvertragsbruch und seine Bekämpfung, Arbeit und Sozialpolitik 56, 193 ff (1977); KOENIGS, Anspruch des Arbeitgebers auf Unterlassung anderweiter Tätigkeit bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers, DB 55, 1064 f (unter 1.); PALME, Rechtsbehelfe gegen den Bruch von Arbeitsverträgen, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 56, 27 ff (29); vgl. auch RGZ 72, 393 ff (394, Vereinigter Zivilsenat).
 - 3) KOENIGS aaO., DB 55, 1064; OEHMANN, AR-Blattei, Arbeitsvertragsbruch II (Einzelfragen) 1 und 2; OLG Celle DB 60, 295; PALME wie FN 2).

ZPO vollstreckbaren Anspruch¹⁾. Untereinander streiten sie, ob dieser Anspruch auch im Wege der einstweiligen Verfügung verfolgbar ist.

Andere wollen dem Arbeitgeber einen Unterlassungsanspruch nur dann zubilligen, wenn besondere Umstände vorliegen²⁾.

Wieder andere leugnen das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung überhaupt³⁾.

-
- 1) ESSLING, Rechte des Arbeitgebers bei Arbeitsvertragsbruch, DB 55, 1188 ff (unter I/2); Palandt-DANCKELMANN, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Auflage München und Berlin 1960, § 241 BGB Anm. 4; GUMPERT aaO., BB 55, 963 ff (unter C II); vgl. DENECKE-OEGG in BGB-RGRK 10. Auflage Band 1 Berlin 1953, § 241 BGB Anm. 2 (mit Einschränkungen); HANS aaO., S. 87 ff; SAVAETE, Der Vertragsbruch beim gewerblichen Arbeits- und Lehrvertrag, AuR 56, 5 ff (6); WEHR, Die Abwerbung von Arbeitskräften, Arbeit und Sozialpolitik 58, 47 f (48); ArbG Hamburg, AP § 611 BGB Anspruch auf Arbeitsleistung Nr. 2; ArbG Krefeld BB 55, 929; ArbG Wilhelmshaven, Der Arbeitgeber 55, 714 f (mit Modifizierungen hinsichtlich der Vollstreckbarkeit); ArbG Wetzlar, AP § 611 BGB Anspruch auf Arbeitsleistung Nr. 4 (mit ablehnender Anm. von NIKISCH); ArbG Oldenburg BB 55, 1059; vgl. auch LAG Bremen AP § 611 BGB Anspruch auf Arbeitsleistung Nr. 3 (dort bleibt die Frage dahingestellt).
 - 2) HUECK-Nipperdey aaO., S. 193 FN 60; Staudinger-NIPPERDEY-NEUMANN, Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil, 11. Auflage Berlin 1958, § 611 BGB RN 152; DENECKE in BGB-RGRK, Recht der Schuldverhältnisse Band 2, 10. Auflage Berlin 1953, VI vor § 611 BGB und 11. Auflage 1959, § 611 BGB Anm. 5 und Anm. 44 vor § 611 BGB; NASTELSKI in BGB-RGRK 11. Auflage Band I, 2. Teil, Berlin 1960, § 241 BGB Anm. 9; KOENIGS aaO., DB 55, 1064 f (unter 3); DIEKHOF, Einstweilige Verfügung bei Vertragsbruch des Arbeitnehmers, AuR 56, 353 ff (355); LAG Frankfurt DB 56, 774 ff (unter 2 e); LAG Hamburg AP § 611 BGB Anspruch auf Arbeitsleistung Nr. 1 (mit zustimmender Anm. HUECK).
 - 3) OEHMANN aaO., Übersicht C II 1; REWOLLE, Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber nach Arbeitsvertragsbruch, BB 55, 1030 f; Enneccerus-LEHMANN aaO., § 146 I (S. 618); RGZ 72, 393 f (mit Vorbehalten); LAG Köln (Düsseldorf) BB 58, 82 (Nr. 156); LAG Hannover BB 56, 42; ArbG Bad Oldesloe BB 55, 930.

Eine Entscheidung des BAG ist nicht zu erwarten, da die Verfahren der einstweiligen Verfügungen bei den Landesarbeitsgerichten enden (§ 72 Abs. 2 AGG) und die ordentlichen Verfahren vor Erreichen der Revisionsinstanz regelmäßig durch Ablauf der Kündigungsfristen ihre Erledigung gefunden haben werden.

Die Anhänger eines generellen Unterlassungsanspruchs argumentieren: Als logische Kehrseite jedes Erfüllungsanspruches könne verlangt werden, daß alles unterbleibe, was mit der Erfüllung unvereinbar sei (§ 241 BGB). Die Frage, ob dieser Anspruch selbständig klagbar sei, müsse im Gegensatz zu der Auffassung des Vereinigten Zivilsenats des RG ¹⁾ bejaht werden, da sich die Ansichten über das Wesen des Arbeitsverhältnisses gewandelt hätten und heute der personenrechtliche, besonders von Treuegedanken geprägte Charakter des Arbeitsverhältnisses allgemein anerkannt sei ²⁾. Die Zubilligung eines Unterlassungsanspruches sei im übrigen zur Hebung der schwer gesunkenen Vertragsmoral unbedingt notwendig. Diesem Ergebnis könne nicht entgegengehalten werden, daß die Bejahung eines vollstreckbaren Unterlassungsanspruches zu einer Umgehung des § 888 Abs. 2 ZPO führe; denn der Bestand eines materiellen Anspruchs könne nicht abhängig sein von der formellen Bestimmung des Vollstreckungsrechts. Außerdem müsse § 888 Abs. 2 ZPO als Ausnahmebestimmung eng ausgelegt werden. Sie dürfe keinesfalls dazu führen, jeden durch den Vertragsbruch selbst verschuldeten finanziellen Nachteil und wirtschaftlichen Druck vom Arbeitnehmer fernzuhalten. Auch von den Gegnern eines generellen Unterlassungsanspruches werde zugegeben, daß § 888 Abs. 2 ZPO der Durchsetzung eines vertraglich vereinbarten Tätigkeitsverbotes nicht entgegenstehe ³⁾.

1) RGZ 72, 393 ff.

2) Man denke an die Kündigungsschutzvorschriften.

3) Vgl. oben S. 69.

Inwieweit diesen Argumenten gefolgt werden kann, mag dahinstehen; jedenfalls begegnet der Ausgangspunkt dieser Argumentation, wie KOENIGS ¹⁾ überzeugend ausgeführt hat, durchgreifenden Bedenken.

Richtig ist, daß sich aus dem Erfüllungsanspruch des Gläubigers gewisse Unterlassungspflichten für den Schuldner ergeben können. Verfolgen diese keinen anderen Zweck als der Erfüllungsanspruch selbst, so sind sie nicht selbständig einklagbar; denn dann trägt der Erfüllungsanspruch dem Gläubiger-Interesse ausreichend Rechnung. Die gegenteilige Auffassung hätte eine so unübersehbare Ausweitung der Schuldnerpflichten zur Folge, daß keinesfalls angenommen werden kann, der Schuldner habe sie bei Eingehung des Schuldverhältnisses übernehmen und sich den Rechtsfolgen aus ihrer Verletzung unterwerfen wollen. Beispielsweise könnte dem Arbeitnehmer jede private Tätigkeit einschließlich des Schlafens während der vorgesehenen Dienstzeit in vollstreckbarer Form verboten werden. Daß ein Arbeitgeber zu derart einschneidenden Eingriffen in die gesamte Lebensführung des Arbeitnehmers berechtigt sein soll, kann ernstlich nicht behauptet werden. Soweit der Unterlassungsanspruch kein anderes Ziel verfolgt, als den Arbeitnehmer an seinen Arbeitsplatz zurückzuführen, ist er zumindest nicht klagbar. Darüber hinaus bestreitet NIKISCH ²⁾ in diesen Fällen sogar seine Existenz. Aus der Leistungspflicht könnten nämlich nur dann Unterlassungsansprüche abgeleitet werden, wenn die Handlung, deren Unterlassung begehrt werde, kausal für die Nichterfüllung der Leistungspflicht sei. Hieran fehle es aber in jenen Fällen; denn erst der Vertragsbruch ermögliche die anderweite Tätigkeit, nicht aber sei umgekehrt die anderweite Tätigkeit ursächlich für die Nichterfüllung der Pflichten aus dem ersten Arbeitsver-

1) aaO., DB 55, 1064 (unter 1).

2) in Anm. zu ArbG Wetzlar, AP § 611 BGB, Anspruch auf Arbeitsleistung Nr. 4.

hältnis. Das zeige sich schon daran, daß die Aufgabe der anderweitigen Tätigkeit noch keinerlei Gewähr für die Erfüllung des gebrochenen Arbeitsverhältnisses gebe.

Das Bestehen eines generellen, klagbaren Anspruchs auf Unterlassung anderweiter Tätigkeit während der restlichen Vertragsdauer eines gebrochenen Arbeitsvertrages ist somit abzulehnen.

Der Klärung bedarf aber, ob in Sonderfällen etwas anderes gilt. Zu denken wäre an Fälle, in denen es dem betroffenen Arbeitgeber nicht gleichgültig sein kann, ob ein vertragswidrig ausgeschiedener Arbeitnehmer an anderer Stelle tätig wird. So muß der Arbeitgeber daran interessiert sein, einer Ersatzkraft ausreichend Gelegenheit geben zu können, sich bei der Kundschaft einzuführen, bevor der ausgeschiedene Arbeitnehmer damit beginnen kann, seine Beziehungen zu den Kunden für die Konkurrenz auszunutzen. Dürfte der Ausgeschiedene hiermit sofort beginnen, bestünde in erhöhtem Maß die Gefahr für den bisherigen Arbeitgeber, daß seine Kunden zur Konkurrenz abwandern. Ebenso aner kennenswert ist das Interesse eines Arbeitgebers, zu verhindern, daß ein in der Entwicklung tätiger Spezialist die allerneuesten Ergebnisse und Pläne sofort zugunsten eines Konkurrenzunternehmens verwerten kann. Während der meist längeren Kündigungsfrist eines solchen Arbeitnehmers hätte dieser an einer Stelle eingesetzt werden können, wo er keinen Zugang zu den neuen, vielleicht entscheidenden Fortschritten, zu den jüngsten Plänen und Ideen des früheren Chefs gehabt hätte. Der dadurch möglicherweise zu haltende zeitliche Vorsprung kann entscheidend sein, wie ein Blick auf das Patentrecht zeigt. Man denke weiter an den Fall, daß eine Fluggesellschaft langfristig engagierte Piloten auf Düsenverkehrs maschinen ausbilden läßt und hierfür hohe

Aufwendungen macht ¹⁾. Braucht eine Gesellschaft diese Kosten nicht aufzuwenden, weil sie der Konkurrenz abgeworbene Piloten einsetzen kann, so kann sie diesen einmal hohe Löhne bieten und andererseits - wenigstens theoretisch - sogar die Flugpreise senken. Bei dieser Sachlage ist der den Piloten ausbildende Arbeitgeber in hohem Maße interessiert, daß der Pilot wenigstens nicht bei der Konkurrenz fliegt, wenn er schon nicht zur Erfüllung seiner Arbeitspflicht gezwungen werden kann.

In allen diesen Fällen - es sind selbstverständlich weitere denkbar - hat der Arbeitgeber ein schutzwürdiges, vom Erfüllungsinteresse verschiedenes, selbständiges Interesse daran, daß der Arbeitnehmer vor Ablauf der Kündigungsfrist zumindest bestimmte anderweite Tätigkeiten nicht aufnehmen darf. Es ist darauf gerichtet, Schäden zu vermeiden, die über jene hinausgehen, die durch die Nichterbringung der Arbeitsleistung verursacht werden.

Diesem Interesse könnte in unserer Rechtsordnung in zweifacher Weise Rechnung getragen sein: Sein Schutz könnte einmal Gegenstand einer selbständig durchsetzbaren, kraft Gesetzes bestehenden Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis sein. Zum anderen könnte sich der fragliche Unterlassungsanspruch aus dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung des Vertrages ergeben.

Gesetzlicher Bestandteil jedes Arbeitsverhältnisses ist die Treupflicht. Diese verpflichtet den Arbeitnehmer, während der rechtlichen Dauer des Arbeitsverhältnisses alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber schädigt ²⁾. Insbesondere

-
- 1) Diese Ausbildung wird häufig im teuren Ausland, etwa in den USA, vorzunehmen sein. Jedenfalls ist mit 6-stelligen Beträgen zu rechnen.
 - 2) SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 333. HUECK-Nipperdey aaO., S.221 mit weiteren Zitaten; NIKISCH, Arbeitsrecht aaO., Band I S. 383.

dürfen Arbeitnehmer dem Arbeitgeber weder in selbständiger noch in unselbständiger Tätigkeit Wettbewerb bereiten ¹⁾. Diese Verpflichtung sollte, wie HUECK ²⁾ ausführt, ausdrücklich in das in den Dreißiger-Jahren geplante Gesetz zur Ordnung der Arbeit aufgenommen werden. Sie ist aber auch ohne besondere Normierung als Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geltendes Recht. Aus dieser Verpflichtung folgt, daß der Arbeitgeber auch ohne besondere Vereinbarung vom vertragsbrüchigen Arbeitnehmer verlangen kann, anderweite Tätigkeit bis zum rechtlichen Ende des Arbeitsverhältnisses zu unterlassen, s o w e i t gerade die anderweite Tätigkeit einen Verstoß gegen das Verbot darstellt, dem Arbeitgeber Schaden zuzufügen. Wann das im einzelnen der Fall ist, ist Tatfrage. Sie wird umso eher zu bejahen sein, je gehobener und verantwortungsvoller die Tätigkeit des Arbeitnehmers ist und je mehr sich die anderweite Tätigkeit auf den Wettbewerb auswirkt. Dem "namenlosen" Arbeiter im Großbetrieb wird mechanische Tätigkeit für die Konkurrenz wohl gestattet werden müssen. Dem Prokuristen wird eine vorzeitige Tätigkeit bei einem K o n - k u r r e n z betriebe nur ausnahmsweise und nur dort gestattet werden können, so seine Arbeit keinen Einfluß auf die Wettbewerbslage zwischen den beteiligten Arbeitgebern haben kann ³⁾.

Diese Lösung wird den Interessen aller Beteiligten gerecht. Sie verbietet nicht jede anderweite Tätigkeit überhaupt, sie

-
- 1) SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 334; HUECK-Nipperdey aaO., S. 227 f; NIKISCH, Arbeitsrecht aaO., S. 388 f; Staudinger-NIPPERDEY-NEUMANN aaO., § 611 BGB RN 166; LAG Düsseldorf DB 54, 156; zulässig ist aber die Vorbereitung eines Wettbewerbs für die Zeit nach Vertragsende, vgl. BGH AP § 611 BGB Treupflicht Nr.3 mit Anm. von VOLLMER.
 - 2) In Anm. zu LAG Magdeburg ARS 35 LAG S. 20; vgl. auch HUECK in Anm. zu LAG Hamburg AP § 611 BGB, Anspruch auf Arbeitsleistung Nr. 1.
 - 3) HUECK in Anm. zu LAG Magdeburg wie FN 2); vgl. auch HUECK-Nipperdey aaO., S. 193 FN 60.

hindert aber Tätigkeiten bei bestimmten Arbeitgebern, wo die Gefahr zusätzlicher Nachteile für den bisherigen Chef besteht ¹⁾.

Die Regelungen der §§ 74 ff HGB, 133 f GewO betreffen nur Wettbewerbsverbote für die Zeit nach rechtlicher Beendigung der Arbeitsverhältnisse. Sie stehen schon deshalb dem hier vertretenen Ergebnis nicht entgegen.

Im Wege des Schadenersatzanspruchs kann der Arbeitgeber vom vertragsbrüchigen Arbeitnehmer verlangen, so gestellt zu werden, wie er bei ordnungsmäßiger Vertragserfüllung stehen würde. In diesem Fall würde der Arbeitnehmer nicht für einen anderen Prinzipal arbeiten. Soweit gerade die Tätigkeit des Vertragsbrüchigen bei dem neuen Arbeitgeber die Quelle zusätzlicher Schäden für den bisherigen Arbeitgeber ist, kann diese Tätigkeit im Wege des Schadenersatzanspruchs unterbunden werden. Damit gelangt man im wesentlichen zu denselben Voraussetzungen, deren Vorliegen schon den vertraglichen Nebenanspruch auf Unterlassung begründet.

Nunmehr kann die Hauptfrage, ob die Einstellung eines vertragsbrüchigen Arbeitnehmers in Kenntnis der andauernden Bindung des Arbeitnehmers sittenwidrig ist, beantwortet werden.

Soweit der Arbeitgeber von seinem vertragsbrüchigen Arbeitnehmer die Unterlassung anderweiter Tätigkeit nicht verlangen kann, kommt seinen Interessen kein Achtungsanspruch zu, der durch die Einstellung des Vertragsbrüchigen mißachtet werden könnte. Die Einstellung ist in diesem Fall daher nicht sittenwidrig. Soweit der Arbeitgeber jedoch Unterlassung fordern kann, beruht dieser Anspruch auf Vertrag. In diesen Fällen enthält die Aufnahme der verbotenen Tätigkeit durch den Arbeitnehmer einen neuerlichen Vertragsbruch, der ohne die Mit-

1) KOENIGS aaO., DB 55, 1064 f (unter 3.); vgl. auch SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S.402 f.

Nun ist mehrfach entschieden ¹⁾, daß ein Unternehmer beispielsweise den Bau von Maschinen sofort einstellen muß, sobald er erfährt, daß der mit der Konstruktion betraute, von der Konkurrenz herübergewechselte Arbeitnehmer sich unredlich erworbener Konstruktionsunterlagen seines früheren Arbeitgebers bedient. Diese Urteile stehen jedoch der oben vertretenen Auffassung nicht entgegen. In diesen Fällen wird nämlich durch die Anstellung des Arbeitnehmers im Gegensatz zu dem Anspruch auf die Arbeitsleistung kein Anspruch auf die Konstruktionsunterlagen und dergleichen erworben.

IV.) Stellungnahme zu einigen Einzelfällen.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann weder die Unterstützung eines Arbeitnehmers im Prozeß, noch die Freistellung von Ansprüchen, noch die Einstellung eines besonders wertvollen Arbeitnehmers die Sittenwidrigkeit unter dem Gesichtspunkt der Ausnutzung eines Vertragsbruches begründen ²⁾. Diese Umstände können für sich allein den Belangen des ehemaligen Arbeitgebers nicht solches Gewicht verleihen, daß sich der andere Arbeitgeber nicht darüber hinwegsetzen dürfte.

Soweit der Verrat von Geschäftsgeheimnissen und der Einbruch in den Kundenkreis des ehemaligen Arbeitgebers in Frage stehen, sind diese Umstände im Zusammenhang mit der Beurteilung der Sittenwidrigkeit der Ausnutzung eines Vertragsbruches unter dem Gesichtspunkt erheblich, ob dem Arbeitgeber gegen den

1) RGZ 109, 272 ff (277); OLG Dresden MuW 29, 391 f (392); vgl. auch REIMER aaO., Kap. 74 RN 7 (S. 506); CALLMANN aaO., § 1 UWG RN 4.

2) Vgl. die Ausführungen und Zitate oben, S. 66 f. Die stets wiederkehrende Berufung auf RGZ 81, 86 ff zur Begründung, daß die Freistellung von Ansprüchen ein besonderer, die Sittenwidrigkeit der Ausnutzung eines Vertragsbruches begründender Umstand sei, geht fehl; denn das RG hat diesen Umstand zur Begründung der Sittenwidrigkeit der Verleitung zum Vertragsbruch angeführt.

vertragsbrüchigen Arbeitnehmer ein Anspruch auf Unterlassung anderweiter Tätigkeit zusteht. Auf die Bedeutung derartiger Umstände bei der Abwerbung ohne Vertragsbruch des Arbeitnehmers wird später einzugehen sein ¹⁾.

C) Doppelbeschäftigung

Läßt ein Arbeitgeber den Mitarbeiter eines anderen ohne dessen Wissen und Einverständnis zugleich für sich arbeiten, so spricht man von Doppelbeschäftigung.

I.) Meinungsstand

Nach einer Auffassung, die sich auf eine Entscheidung des RG ²⁾ beruft, handelt der später einstellende Arbeitgeber sittenwidrig, wenn er die Zustimmung des ersten Arbeitgebers nicht ohne weiteres voraussetzen durfte. Unerheblich sei es, ob die Doppelbeschäftigung mit Inhalt und Wesen des früher begründeten Arbeitsverhältnisses vereinbar sei ³⁾.

1) Vgl. unten S. 106 ff.

2) RG JW 26, 563.

3) CALLMANN aaO., § 1 UWG RN 91; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 67 (hier wird Doppelbeschäftigung als wettbewerbsfremd bezeichnet, soweit nicht nach der Art der Tätigkeit von vornherein mit ihr gerechnet werden mußte) und RN 143 (hier wird auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt); GOERKE aaO., WRP 55, 12 f (13); Deutscher Industrie- und Handelstag in Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer Bochum 1956, 34.

Die Gegenmeinung läßt gerade die Vereinbarkeit der Arbeitsverhältnisse über die Zulässigkeit der Doppelbeschäftigung entscheiden ¹⁾.

Die zitierte Entscheidung des RG ²⁾ betraf einen Fall, in dem ein Prinzipal den für einen Konkurrenten arbeitenden Provisionsvertreter zugleich für sich hat reisen lassen, und zwar mit gleichartigen Waren im gleichen Kundenkreis. Das RG hat das Verhalten des Prinzipals als sittenwidrig angesehen. Es ist ganz offensichtlich, daß diese beiden Tätigkeiten des Vertreters miteinander unvereinbar waren. Das bedeutet, daß nach jeder der genannten Auffassungen das Urteil "sittenwidrig" lauten mußte. Die Entscheidung des RG vermag daher die erste Auffassung nicht zu stützen, zumal das Gericht es ausdrücklich hat dahinstehen lassen, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn es an der Übereinstimmung von Waren und Kunden gefehlt hätte. In einer späteren Entscheidung stellt das RG dann im Ergebnis auf die Vereinbarkeit der Arbeitsverhältnisse im Einzelfall ab ³⁾. Dort ist ausgeführt, daß es einem Arbeitnehmer nicht verwehrt sein könne, für einen Konkurrenten seines Arbeitgebers Dutzendware herzustellen, wenn dies gleichsam als Freizeitbeschäftigung erfolge.

1) Herrschende Meinung; vgl. Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 240; GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 15 d; HUECK-Nipperdey aaO., S. 229 (bes. FN 11); SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 334 f; MOLITOR in AR-Blattei, Arbeitspflicht, Übersicht G; BAG AP § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis Nr. 1 mit zustimmender Anm. von DERSCH; LAG Düsseldorf DB 53, 736; RG JW 28, 2633 f (2634 am Ende).

2) Wie FN 2) S. 79.

3) RG JW 28, 2633 f (2634 am Ende).

II.) Stellungnahme.

Entsprechend den früher dargelegten Grundsätzen zur Ermittlung der Sittenwidrigkeit ¹⁾ ist zu fragen, ob der der Doppelbeschäftigung entgegenstehende, bloß subjektive Wille des ersten Arbeitgebers einen Achtungsanspruch begründet, dessen Mißachtung durch den zweiten Arbeitgeber als sittenwidrig anzusehen ist.

Der Achtungsanspruch könnte nur auf dem Arbeitsvertrag beruhen. Geht man von dem Grundsatz aus, daß sich der Arbeitnehmer durch Eingehung eines Arbeitsverhältnisses verpflichtet, dem Arbeitgeber seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen ²⁾, wird man die gestellte Frage möglicherweise zu bejahen haben.

Dieser Grundsatz erscheint jedoch angreifbar. Wer sich verpflichtet, wöchentlich 45 Stunden zu arbeiten, verpflichtet sich noch lange nicht, in der übrigen Zeit seine Arbeitskraft brachliegen zu lassen. Andernfalls müßte auch die Mithilfe auf der Baustelle eines Nachbarn vertragswidrig sein.

Es ist deshalb davon auszugehen, daß der Arbeitnehmer in der Gestaltung seiner Zeit, für die er sich nicht an einen Arbeitgeber gebunden hat, grundsätzlich frei ist, also auch einer anderweiten Erwerbstätigkeit nachgehen kann ³⁾. Voraus-

1) Vgl. oben, S. 20/21.

2) NIKISCH, Arbeitsrecht aaO., S. 241 f; HANS aaO., S. 70, vgl. aber auch S. 72

3) Wie oben, S. 80 FN 1). Es sind allerdings die Schranken der Arbeitszeitordnung zu beachten. Wird die Höchstarbeitszeit durch die Tätigkeit im zweiten Arbeitsverhältnis überschritten, so ist dieses insoweit und damit gemäß § 139 BGB meist im ganzen Umfang nichtig (BAG AP 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis Nr. 1; HUECK-Nipperdey aaO., S. 186).

setzung ist aber, daß die Erfüllung der Pflichten aus dem ersten Arbeitsverhältnis nicht beeinträchtigt wird. Hieran fehlt es, wenn der Arbeitnehmer den doppelten Anforderungen zeitlich, kräftemäßig oder aus sonstigen Gründen nicht gewachsen ist. Mit der Treupflicht aus dem ersten Arbeitsverhältnis und damit mit diesem selbst ist es ferner nicht vereinbar, wenn der Arbeitnehmer Tätigkeiten aufnimmt, die die Gefahr von Interessenkollisionen mit sich bringen ¹⁾. Man denke an die Verwertung von Geschäftsgeheimnissen oder Beziehungen des ersten Arbeitgebers zugunsten des anderen.

Zu bestimmen, wann im einzelnen mehrere Arbeitsverhältnisse miteinander unvereinbar sind, muß dem speziellen Arbeitsrecht überlassen bleiben. Hier ist bedeutsam, daß der Arbeitnehmer durch Aufnahme einer mit dem früher begründeten Arbeitsverhältnis unvereinbaren Doppelarbeit den ersten Arbeitsvertrag verletzt. Zu diesem Vertragsbruch verleitet der einstellende zweite Arbeitgeber ²⁾. Eine derartige Verleitung zum Vertragsbruch ist aber unter den entsprechenden subjektiven Voraussetzungen regelmäßig sittenwidrig ³⁾.

Verletzt der Arbeitnehmer durch Aufnahme der weiteren Tätigkeit das schon bestehende Arbeitsverhältnis nicht, so ist kein rechtlich geschütztes Interesse des ersten Arbeitgebers zu erkennen, das durch die Doppelbeschäftigung in sittenwidriger Weise mißachtet werden könnte. In diesen Fällen ist die Doppelbeschäftigung daher nicht sittenwidrig ⁴⁾.

1) Vgl. OLG Hamburg MuW 24, 182; GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 15 d; Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 240; vgl. ferner Handelsgericht Wien GRUR 28, 224 f.

2) Vgl. oben, S.64/65 ; ferner HANS aaO., S. 69; Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen, Gutachten Nr. 4/1955; Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 240.

3) Vgl. oben, S. 62.

4) HANS aaO., S. 72; vgl. BAG DB 60, 441 f.

Der herrschenden Meinung ist somit in vollem Umfang zu folgen. Wer dagegen auf den Willen des ersten Arbeitgebers abstellt, läßt die Belange der anderen Beteiligten völlig außer Betracht. Er engt ihre Freiheit weiter ein, als es durch die Rechte anderer oder durch die sittlich-rechtlichen Anschauungen geboten ist. Dieser Auffassung kann daher nicht gefolgt werden.

III.) Gutgläubig begründete Doppelbeschäftigung.

An dieser Stelle sei noch ein Blick auf den in Rechtsprechung und Lehre - soweit ersichtlich - nicht behandelten Fall geworfen, daß der zweite Arbeitgeber den Arbeitnehmer in Unkenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Umstände einstellt ¹⁾. Hier ist die Einstellung, wenigstens nach herrschender Meinung, die Sittenwidrigkeit nur bei Tatbestandskenntnis bejaht ²⁾, nicht sittenwidrig. Die nach Kenntniserlangung erfolgende Weiterbeschäftigung stellt sich als Gebrauchmachen von einer einwandfrei erlangten vertraglichen Stellung dar und ist deshalb ebenfalls nicht sittenwidrig ³⁾.

Eine Norm, die einen der beteiligten Arbeitgeber zum Nachgeben zwänge, gibt es nicht. Insbesondere kann § 242 BGB nicht angewandt werden, da die Arbeitgeber durch keinerlei rechtliche Sonderbeziehung verbunden sind, die die Einhaltung von Treu und Glauben erforderte. Es bleibt somit nichts anderes übrig, als daß einer der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis löst und den Arbeitnehmer auf Schadenersatz in Anspruch nimmt oder daß beide Arbeitgeber die mit der Doppelarbeit verbundenen Nachteile in Kauf nehmen und den Arbeitnehmer insoweit ersatzpflichtig machen.

1) Dieser Fall wird nicht sehr häufig sein, da der Arbeitnehmer besondere Wünsche hinsichtlich der Arbeitszeit äußern und sie begründen wird; vgl. HANS aaO., S. 71.

2) Vgl. oben, S. 21 ff.

3) Vgl. oben, S. 77.

D) Provokation fristloser Kündigung durch den Arbeitnehmer.

In den Zusammenhang der Abwerbung unter Vertragsbruch des Arbeitnehmers läßt sich ferner der Fall einordnen, in dem der Arbeitnehmer seine fristlose Entlassung provoziert, um frei aller Bindungen ein anderes Arbeitsverhältnis antreten zu können. Es ist offensichtlich, daß der Arbeitnehmer vertragswidrig handelt ¹⁾. Hat der neue Arbeitgeber in dieser Richtung auf den Arbeitnehmer eingewirkt, so stellt sich dieses Verhalten als Verleitung zum Vertragsbruch und damit als sittenwidrige Handlung dar ²⁾.

War der einstellende Arbeitgeber an den zur Kündigung führenden Provokationen unbeteiligt, so steht man dem schon behandelten Problem gegenüber, wann die Ausnutzung eines Vertragsbruches sittenwidrig ist. Entsprechend den früheren Darlegungen ³⁾ ist zu fragen, ob dem betroffenen Arbeitgeber ein Anspruch gegen den Arbeitnehmer auf Unterlassung anderweiter Tätigkeit zusteht.

Da das Arbeitsverhältnis mit der berechtigten fristlosen Kündigung rechtlich und tatsächlich sein Ende gefunden hat, könnte sich ein Unterlassungsanspruch nur aus Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses ergeben. Das hiermit angeschnittene

1) SAVAETE aaO., AuR 56, 5; OEHMANN, AR-Blattei, Arbeitsvertragsbruch Übersicht (unter C III).

2) Vgl. oben, S. 62 und 64 f; ferner Baumbach -HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 235; REICHEL aaO., AcP 127 (1927), 257 ff (283), der in diesem Vorgang ein durch Intrigenspiel verkapptes Wegengagieren sieht; CALLMANN aaO., § 1 UWG RN 90 a; PREUSS aaO., S. 42; VOGEL aaO., BB 60, 135 ff (136 unter III); GÜTEBIER aaO., GRUR 38, 954 ff (960/961).

3) Vgl. oben, S. 68.

Problem hat im Zusammenhang mit der Befugnis des Arbeitnehmers zur Verwertung der beim bisherigen Arbeitgeber erlangten Kenntnisse besondere Beachtung gefunden. Hierauf wird später noch ausführlich einzugehen sein ¹⁾. An dieser Stelle genügt es festzustellen, daß nach allgemeiner Meinung mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich alle darin begründeten Pflichten enden ²⁾. Nur selbstverständliche Nebenpflichten, wie die zur Ausstellung eines Zeugnisses auf der einen Seite, zur Rückgabe entliehenen Arbeitsgerätes auf der anderen Seite, sind noch zu erfüllen ³⁾.

Der Arbeitgeber kann somit regelmäßig von seinem fristlos gekündigten Arbeitnehmer nicht verlangen, daß dieser keine andere Tätigkeit aufnimmt. Den Belangen des kündigenden Arbeitgebers kommt somit kein Achtungsanspruch zu, über den sich der einstellende Arbeitgeber in sittenwidriger Weise hinwegsetzen könnte. Die Einstellung eines provoziert fristlos entlassenen Arbeitnehmers ist daher im allgemeinen nicht zu beanstanden.

1) Vgl. unten, S. 121 ff.

2) Umstritten ist allerdings, ob auch die Pflicht, Verschwiegenheit über Unternehmensgeheimnisse zu wahren, mit dem Arbeitsverhältnis endet, vgl. hierzu unten, S. 121 ff.

3) SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 400 ff; HUECK-Nipperdey aaO., S. 224; BAG AP § 611 BGB Fürsorgepflicht Nr. 4; vgl. aber auch BGH NJW 55, 463.

V i e r t e s K a p i t e l

E i n z e l f ä l l e d e r A b w e r b u n g o h n e V e r t r a g s b r u c h d e s A r b e i t n e h m e r s .

A) Überblick.

In den zahlenmäßig überwiegenden Fällen veranlaßt ¹⁾ der Abwerbende den Arbeitnehmer, den Arbeitsplatz unter ordnungsmäßiger Abwicklung des bisherigen Arbeitsverhältnisses zu wechseln. Wie dargelegt, ist hiergegen grundsätzlich nichts einzuwenden ²⁾. Namentlich ist es unbedenklich, wenn bessere Arbeitsbedingungen geboten werden ³⁾, zu denen höherer Lohn, bessere Aufstiegschancen, kürzere Arbeitszeiten und längerer Urlaub gehören. Auch die Überstundengarantie kann in diesem Zusammenhang angeführt werden. Sie widerspricht zwar der allgemeinen Tendenz zur Arbeitszeitverkürzung und damit sozialpolitischer Zielsetzung. Im Grunde bedeutet sie aber für den Arbeitnehmer höheres Einkommen ⁴⁾. Gegebenenfalls sind

-
- 1) Dieser Begriff erfaßt die Ausübung jedes die noch nicht ausgesprochene Kündigung begünstigenden Einflusses (z.B. die bloße Stellenzusage); vgl. HANSaaO., S. 55/56.
 - 2) Vgl. oben, S. 50 ff.
 - 3) Allgemeine Meinung. Vgl. Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 237; CALLMANN aaO., § 1 UWG RN 86; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 146; HANS aaO., S. 56; REIMER aaO., Kap. 76 RN 5 (S. 517); PREUSS aaO., S. 47; BUSSMANN-Droste aaO., S. 131; MEISSINGER, Treupflicht im Arbeitsrecht, Übersicht, AR-Blattei D II 8 b; VOGEL aaO., BB 60, 135 (unter III); ZITZLAFF aaO., BB 51, 674; Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen Gutachten 4/1955; Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 29 (unter c); RG GRUR 36, 994 ff (996); Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in Der Wettbewerb 1960, S. 62 und zahlreiche andere.
 - 4) Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 32; a.A. ohne Begründung WEHR aaO., Arbeit und Sozialpolitik 58, 47 (48).

allerdings tarifvertragliche Beschränkungen denkbar ¹⁾.

Andere Erscheinungsformen der Abwerbung, wie sie in der Praxis vorkommen, können jedoch zu Bedenken Anlaß geben.

Üblicherweise folgert man die Unzulässigkeit bestimmter Abwerbungstatbestände aus den angewandten Mitteln oder aus den verfolgten Zielen. Dieser Anknüpfung kann grundsätzlich gefolgt werden; denn die ihr zugrundeliegenden Gesichtspunkte kennzeichnen schlagwortartig zwei Gründe, auf die sich das Urteil "rechtswidrig" im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägungen ²⁾ stützen kann: Einmal kann die Art der Beeinflussung des Arbeitnehmers den Widerstreit gleichwertiger Interessen in sachwidriger Weise entscheiden; dann können die verfolgten Ziele die Belange des betroffenen Arbeitgebers als so gewichtig erscheinen lassen, daß ihre Mißachtung durch Abwerbung als rechtswidrig erscheint.

Über diese zwei Gesichtspunkte hinaus wird weiter zu überlegen sein, ob unbeabsichtigte Wirkungen einer Abwerbungsaktion - im Extremfall die Stilllegung eines ganzen Unternehmens - den Interessen des Betroffenen ein ähnliches Gewicht verleihen können.

Unter diesen drei Blickpunkten sollen im folgenden Einzelfälle gewürdigt werden. Unvermeidlich müssen hierbei tragende Momente herausgegriffen und isoliert betrachtet werden. Daß in der Praxis das Zusammenwirken mehrerer solcher Umstände die Regel ist, wird nicht verkannt.

1) Vgl. Hueck-NIPPERDEY, Arbeitsrecht Band II, 6.Auflage Berlin-Frankfurt 1957, S. 200 FN 78.

2) Vgl. oben, S. 20/21 und 25.

B) Mittel der Abwerbung.

I.) Bieten einmaliger Sondervergütungen.

Es wird für zulässig erachtet, daß der Abwerbende den Arbeitnehmer durch Gewährung einmaliger Sondervorteile, durch Zahlung sogenannter "Handgelder", zum Arbeitsplatzwechsel veranlaßt¹⁾. Soweit es sich um nennenswerte Sondervergütungen handelt, ist hiergegen sicherlich nichts einzuwenden. Das Interesse des Arbeitnehmers an der Erlangung eines einmaligen Vorteils ist nicht geringer zu werten als an laufenden Vergünstigungen. Allerdings besteht die Gefahr, daß der Arbeitnehmer auch dem nächsten Handgeld wieder nachläuft, wenn ihn nicht laufend günstigere Bedingungen an einem Arbeitsplatz festhalten. Es steht zu befürchten, daß unerfreulich viele Arbeitsplätze gewechselt werden. Das macht das Verhalten des Abwerbenden aber noch nicht sittenwidrig.

Bedenklich stimmen jedoch die niedrigen Handgelder, die nur einfachen Arbeitern geboten werden²⁾. Gerade solche Personen können durch diese einmalige Verlockung veranlaßt werden, ein solides Dauerarbeitsverhältnis zugunsten eines möglicherweise nur vorübergehenden aufzugeben³⁾. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß die durch das Handgeld veranlaßte Kündigung dem bisherigen Arbeitgeber Anlaß geben kann, seinerseits ein Zugeständnis zu machen, das den Arbeitnehmer am bisherigen Arbeitsplatz festhält.

1) CALLMANN aaO., § 1 UWG RN 87; OLG Hamburg OLGR 12, 112; Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Der Wettbewerb 58, 90.

2) In dem von der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (siehe FN 1)) mitgeteilten Fall ging es um Handgelder in Höhe von 10.- DM.

3) Man denke an einmalige Großbaustellen, auf denen nur kurzfristig sehr großer Arbeitskräftebedarf besteht.

Unter Berücksichtigung der grundsätzlich bestehenden Freiheit des Arbeitsplatzwechsels verletzt diese Form der Abwerbung keine entgegenstehenden Belange in einer Weise, daß man sie als sittenwidrig bezeichnen müßte. Immerhin wird man im Interesse des Arbeitnehmers Zurückhaltung an den Tag zu legen haben.

II.) Kündigungshilfe.

Leistet der Abwerbende dem Arbeitnehmer bei der Lösung des bisherigen Arbeitsverhältnisses Hilfestellung, indem er ihn über Kündigungsmöglichkeiten belehrt, Kündigungsschreiben anfertigt, die Übermittlung einer Kündigung übernimmt oder in ähnlicher Weise bei der Kündigung mitwirkt, so spricht man von Abwerbung unter Kündigungshilfe.

Gegen die praktisch wohl wenig bedeutsame Aufklärung über Kündigungsmöglichkeiten ist schon im Interesse des Arbeitnehmers nichts einzuwenden ¹⁾; diesen soll Unkenntnis weder an der Wahrnehmung seiner Vorteile hindern noch in einen Vertragsbruch hineintappen lassen. Von dieser Form der Kündigungshilfe braucht nicht mehr gesprochen zu werden.

Gegen weitergehende Kündigungshilfen bestehen jedoch ernste Bedenken. Zunächst kann nicht geltend gemacht werden, die Kündigungshilfe stelle sich als bloße Gefälligkeit gegenüber dem Arbeitnehmer dar, an der der Helfende nicht interessiert sei; denn ordnungsmäßige Vertragsabwicklung ist unbedingte Voraussetzung dafür, daß sich der Abwerbende nicht einer Verleitung zum Vertragsbruch und damit einer sittenwidrigen Hand-

1) Vgl. RG JW 34, 290 f (292; Kündigungshilfen bei Versicherungsverträgen).

lung schuldig macht ¹⁾. Dann bringt die Kündigungshilfe einen Zustand der Unfreiheit für den Arbeitnehmer mit sich ²⁾. Es besteht in hohem Maße die Gefahr, daß sich der Arbeitnehmer durch stark herausgestrichene Vorteile der neuen Arbeitsstelle momentan zu dem bedeutsamen Schritt der Unterzeichnung der Kündigungserklärung hinreißen läßt, zu dem er sich bei ruhiger, unbeeinflusster Überlegung vielleicht nicht entschlossen hätte ³⁾. Kündigungshilfe ist geeignet, vollendete Tatsachen zu schaffen, die oft nicht im Interesse des Arbeitnehmers liegen. Schließlich erscheint es der Natur des Arbeitsverhältnisses als eines Vertrauensverhältnisses gemäßer, wenn seine Lösung und Abwicklung durch seine Partner erfolgt. Gerade die im Arbeitsleben anläßlich der Kündigung eines Arbeitnehmers nicht seltene Aussprache zwischen den Partnern bereinigt oft Mißverständnisse und führt zu einer beide Seiten befriedigenden Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses. Demgegenüber wird die Kündigung durch einen Dritten der bisherigen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses vielfach nicht gerecht. Sie erscheint als sachfremdes Eindringen in eine Vertrauensbeziehung ⁴⁾. Die noch in Frage stehenden Formen der Kündigungshilfe verletzen daher den Achtungsanspruch der Interessen des Arbeitnehmers und des bisherigen Arbeitgebers,

1) Vgl. oben, S. 64 f, 61 f.

2) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 238; vgl. LG Mannheim WRP 55, 210 ff (211).

3) HANS aaO., S. 63 f.

4) Vgl. RG JW 34, 290 f (291). Anders wäre möglicherweise zu urteilen, wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber bereits zerstritten sind.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch einen vom Arbeitnehmer beauftragten Rechtsanwalt ist mit den hier zur Erörterung stehenden Fällen nicht zu vergleichen, da der Rechtsanwalt im Gegensatz zu dem Abwerbenden im Hinblick auf die Kündigung kein eigenes, sondern ein Interesse des Arbeitnehmers wahrnimmt.

der darauf gerichtet ist, daß das Arbeitsverhältnis in einer seinem Wesen entsprechenden Form unter Wahrung der freien Entscheidung des Arbeitnehmers beendet wird. Sie sind daher sittenwidrig im Sinne der §§ 1 UWG und 826 BGB¹⁾.

III.) Unrichtige Angaben über den neuen Arbeitsplatz.

Gelegentlich veranlaßt der Abwerbende den Arbeitnehmer zum Arbeitsplatzwechsel, indem er täuschende Angaben über den neuen Arbeitsplatz macht oder leere Versprechungen abgibt. Ein solches Verhalten beeinträchtigt die Freiheit der Willensbildung des Arbeitnehmers. Das Werben um diesen wird durch ein sachfremdes, allgemein mißbilligtes Mittel entschieden, das gegen den Wahrheitsgrundsatz als Fundamentalsatz der Rechtsordnung verstößt ²⁾. Ein derartiges Mittel macht die Abwerbung sittenwidrig ³⁾.

IV.) Verleumdung des derzeitigen Arbeitsverhältnisses.

Gelegentlich macht der Abwerbende den Arbeitnehmer dadurch zum Arbeitsplatzwechsel geneigt, daß er das derzeitige Arbeitsverhältnis verleidet, indem er abfällige Urteile über den Arbeitgeber oder dessen Betrieb fällt und nicht erweislich oder erweislich wahre Tatsachen herabsetzender Art behauptet. Insbesondere ist es beliebt, den Arbeitsplatz als gefährdet erscheinen zu lassen und auf diese Weise Unruhe und Unzufrieden-

1) HANS aaO., S. 63 f; RGZ 149, 114 ff; Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 30.

2) Vgl. z.B. die Regelungen der §§ 123 BGB, 263 StGB, 3 und 14 UWG.

3) Allgemeine Meinung; vgl. statt aller Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 238 und 241; GÜTEBIER aaO., GRUR 38, 954 ff (956 unter I 1); HANS aaO., S. 62 f.

heit in die Belegschaft hineinzutragen ¹⁾.

1.) Abfällige Urteile:

Abfällige Urteile über den bisherigen Arbeitgeber ²⁾ werden oft den Tatbestand einer Beleidigung erfüllen und Ansprüche nach § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 185 StGB wegen Verletzung der Ehre auslösen. Auch in abwertenden Bemerkungen über den Betrieb wird vielfach zugleich eine Beleidigung des Unternehmers liegen ³⁾. Solche gegen den aus der Ehre fließenden Achtungsanspruch des betroffenen Arbeitgebers gerichtete Äußerungen sind sittlich zu mißbilligende Mittel, die den Interessenwiderstreit zwischen den beteiligten Arbeitgebern nicht entscheiden dürfen.

Aber auch dort, wo der Tatbestand einer Beleidigung nicht erfüllt ist ⁴⁾, sind solche Bemerkungen geeignet, den Arbeitnehmer hinsichtlich der von ihm zu treffenden Entscheidung unfrei zu machen. Sie trüben den Blick für die Tatsachen, schaffen gefühlsmäßige Vorurteile und nehmen dem Arbeitnehmer die Freude an seiner bisherigen Arbeit. Es wird dem Arbeitnehmer angesichts solcher Beeinflussungen schwer fallen, objektiv das Für und Wider eines Arbeitsplatzwechsels abzuwägen. Heraubsetzungen stellen sich somit als grob sachwidrige

1) Vgl. OLG Hamburg MuW 25/26, 183; RG GRUR 34, 608 ff; Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 139 und 238; ALEXANDER-KATZ, Moderne Fälle unlauteren Wettbewerbs, 2. Auflage Berlin 1933 S. 96.

2) Man denke an Fälle, in denen der Arbeitgeber als "Ausbeuter" oder "Pfuscher" bezeichnet wird. Vgl. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in Der Wettbewerb 1960 S. 22 und S. 1 f.

3) Wer ein Unternehmen als "unseriös" oder als "Betrugsunternehmen" bezeichnet, meint damit gleichermaßen den Unternehmer.

4) z.B. Bezeichnung des Arbeitsplatzes als "Loch".

Mittel zur Lösung des Interessenwiderstreits dar. Sie sind stets sittenwidrig ¹⁾.

2.) Herabsetzende, nicht erweislich wahre Tatsachen.

Denselben Zustand der Befangenheit des Arbeitnehmers für die zu treffende Entscheidung verursacht das Behaupten nicht erweislich wahrer Tatsachen zum Nachteil des bisherigen Arbeitgebers. Das Aufstellen solcher Behauptungen hat der Gesetzgeber mehrfach ausdrücklich mißbilligt, so in § 14 UWG, § 824 BGB und § 186 StGB. Das gilt um so mehr, wenn von diesem Mittel zur Förderung eigennütziger Ziele im Wettbewerb Gebrauch gemacht wird. Die Anwendung dieses Mittels macht die Abwerbung sittenwidrig ²⁾. Daneben kommen Ansprüche aus den genannten Bestimmungen, eventuell in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB, in Betracht. Insoweit darf auf das einschlägige Schrifttum verwiesen werden.

3.) Mitteilung erweislich wahrer Tatsachen zum Nachteil des bisherigen Arbeitgebers.

Schwierigkeiten bereitet es zu entscheiden, ob die Mitteilung erweislich wahrer Tatsachen, die dem bisherigen Arbeitgeber nachteilig sind, ein zulässiges Mittel der Abwerbung darstellt.

1) Allgemeine Meinung; vgl. statt aller CALLMANN aaO., § 1 UWG RN 88; Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 238; REIMER aaO., Kap. 76 RN 5 (S. 518); TETZNER aaO., § 1 UWG RN 146; GRUB, AR-Blattei, Abwerbung von Arbeitskräften, Übersicht unter B III 2 e; GOERKE aaO., WRP 55, 12 f (13); HAAGER in BGB-RGRK aaO., § 826 Anm. 67; RG GRUR 34, 608 ff (610); RG GRUR 38, 137 ff (139); RG MuW 32, 387.

2) Wie FN 1); ferner VOGEL aaO., BB 60, 135 ff (unter III).

Das RG ¹⁾ hat es als sittenwidrig angesehen, einen Provisionsvertreter abzuwerben unter Hinweis auf die ungünstige Bilanz seines Prinzipals, auf das mangelnde Konkursvorrecht der Provisionsforderungen und auf die Unzufriedenheit zahlreicher wichtiger Kunden mit den Leistungen des Unternehmers. Auf die Wahrheit der aufgestellten Behauptungen komme es nicht an. Derartige Äußerungen seien darauf berechnet, das Ansehen des Unternehmers bei seinem Vertreter zu untergraben und sein Vertrauen zu erschüttern. Sie stellten sich ihrem Gesamtcharakter nach als gehässig dar.

Diese Entscheidung liegt ganz auf der Linie von Rechtsprechung und Lehre zu der Frage, wann bezugnehmende Werbung in der Form der sogenannten persönlichen Werbung zulässig ist ²⁾. Rechtsprechung und Lehre halten im geschäftlichen Verkehr selbst wahrheitsgemäße Behauptungen über Personen und Betriebe der Wettbewerber für regelmäßig sittenwidrig; denn niemand dürfe persönliche und betriebliche Verhältnisse eines Konkurrenten in den Wettbewerb hineinziehen, da es in diesem um gewerbliche Leistungen, nicht aber um persönliche oder betriebliche Umstände der Anbieter gehe. Der letzteren Einbeziehung in den Wettbewerb erscheine unter dem Blickpunkt des konkreten Lebensverhältnisses als sachfremd und verfälschend.

Selbst die auf die gewerblichen Leistungen bezogene vergleichende Werbung wird grundsätzlich als sittenwidrig angesehen ³⁾, weil sich der Vergleichende unter dem Anschein der Sachlichkeit zum Richter in einer Sache aufschwingt, in der er gar nicht objektiv sein könne. Dadurch trübe er das Urteil des Kunden und setze an die Stelle desjenigen, der zu

1) RG MuW 32, 387; zustimmend NERRETER in Anm. JW 38, 121 f (122 unter 4.).

2) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 15 ff; REIMER aaO., Kap. 78 (S. 542 ff).

3) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 15 ff; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 63.

urteilen und entscheiden hätte, nämlich des Kunden, seine eigene Wertung. Als Ausnahme von diesem Verbot der vergleichenden Werbung sind, soweit hier möglicherweise von Bedeutung, lediglich anerkannt der Systemvergleich und der Vergleich auf Verlangen des Kunden ¹⁾.

Die Heranziehung der zur persönlichen und sachlichen vergleichenden Werbung entwickelten Grundsätze liegt nahe. Wer nämlich einem Arbeitnehmer Nachteiliges über seinen derzeitigen Arbeitgeber oder Arbeitsplatz mitteilt und gleichzeitig eine Stellung anbietet, erwartet mit Recht, daß der Arbeitnehmer einen Vergleich vornehmen wird ²⁾.

Rechtsprechung und Lehre kann nicht allgemein im Wege des Umkehrschlusses aus § 14 UWG, § 824 BGB und § 186 StGB ³⁾ entgegengehalten werden, wahre Behauptungen über Person oder Geschäft eines Gewerbetreibenden seien zulässig; denn nach ganz allgemeiner und richtiger Meinung ⁴⁾ enthalten die genannten Bestimmungen keine abschließende Regelung der Zulässigkeit von Tatsachenbehauptungen. Sie werden vielmehr durch die allgemeinen Vorschriften, namentlich durch § 1 UWG, §§ 826 und 823 Abs. 1 BGB ergänzt.

Die Erwägungen, die vergleichende persönliche Werbung im allgemeinen als sittenwidrig erscheinen lassen, greifen in Abwertungsfällen aber nicht immer durch. So stehen für den Arbeitnehmer in weit höherem Maße als für den Käufer einer Ware

1) Vgl. SEUBERT, Die zulässige vergleichende Werbung, BB 60, 965 ff.

2) Vgl. VOGEL aaO., BB 60, 135 ff (unter II).

3) Diese Vorschriften verbieten nur das Behaupten und Verbreiten nicht erweislich wahrer nachteiliger Tatsachen.

4) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Übersicht vor § 14 UWG RN 1; BGH GRUR 54, 333 ff (335 unter I.).

Personen und Betriebe der Arbeitgeber zum Vergleich; denn diese bestimmen maßgeblich die weitere Entwicklung des Arbeitsverhältnisses, von dem Existenz und Zukunft des Arbeitnehmers und seiner Familie abhängen. Man denke nur an das Schicksal der zahlreichen älteren Angestellten, die nicht einmal in der derzeitigen Hochkonjunktur wieder in den Arbeitsprozeß eingegliedert werden konnten ¹⁾. Man muß deshalb ein schutzwürdiges Interesse des Arbeitnehmers anerkennen, Tatsachen zu erfahren, die für die Beurteilung der künftigen Entwicklung des Arbeitsverhältnisses wesentlich sind. Manchem der erwähnten älteren Angestellten hätte sein schweres Schicksal erspart werden können, wenn er die ungünstige wirtschaftliche Lage oder die wenig soziale Einstellung seines Arbeitgebers gekannt und rechtzeitig von einer Möglichkeit zum Arbeitsplatzwechsel Gebrauch gemacht hätte.

Auch die Begründung für die Sittenwidrigkeit vergleichender sachlicher Werbung überzeugt in Abwerbungsfällen nicht immer. Ihr liegt nämlich die Erwägung zugrunde, daß der Kunde regelmäßig in der Lage sei, die angebotenen gewerblichen Leistungen selbst zu beurteilen, zu vergleichen und sich für die günstigere zu entscheiden. Die erforderlichen Tatsachenkenntnisse ließen sich, etwa durch Probieren, meist unschwer beschaffen. Von dieser Erwägung kann in Abwerbungsfällen offensichtlich nicht ausgegangen werden; denn die Möglichkeiten des Arbeitnehmers, die zur Beurteilung der weiteren Entwicklung des Arbeitsverhältnisses erforderlichen Tatsachen zu erfahren, sind ungleich geringer. Der Arbeitnehmer kann insbesondere nicht mehrere Arbeitgeber erst einmal "ausprobieren". Da der Arbeitnehmer meist überhaupt keine Vorstellung haben wird, welche Nachteile in Betracht kommen, kann nicht verlangt werden, daß er den Abwerbenden ausdrücklich um Auskunft bittet.

1) Vgl. Industriekurier vom 31.12.1960, S. 14.

In Abwerbungsfällen liegen die Dinge somit wesentlich anders als im sonstigen Wettbewerbsrecht. Nachteilige, aber erweislich wahre Mitteilungen über Person oder Betrieb des derzeitigen Arbeitgebers sind daher als sachgerechte und damit zulässige Mittel der Abwerbung anzusehen, s o w e i t sie geeignet sind, dem Arbeitnehmer eine sachliche Entscheidung über den Arbeitsplatzwechsel zu ermöglichen.

Wann eine derartige Eignung der Tatsachenbehauptung angenommen werden kann, ist nur im Einzelfall zu beantwortende Tatfrage. Beispielsweise wird man es für zulässig halten müssen, wenn ein Arbeitnehmer darauf hingewiesen wird, daß sein Arbeitgeber stark überschuldet ist, eine bestimmte Niederlassung auflösen wird ¹⁾, eine Aufstiegsstelle, auf die sich der Arbeitnehmer Hoffnung macht, bereits einem anderen zugesprochen hat oder in ähnlichen Fällen.

Nach der hier vertretenen Meinung erscheint die die Abwerbung eines Handelsvertreters betreffende Entscheidung des RG ²⁾ nur unter dem vom RG hervorgehobenen Gesichtspunkt als richtig, daß sich die damaligen Mitteilungen ihrem Gesamtcharakter nach als gehässig dargestellt haben.

Nachteilige Äußerungen über Person und Betrieb des Arbeitgebers, die für eine sachliche Entscheidung des Arbeitnehmers unwesentlich sind, etwa über lang zurückliegende Vorstrafen oder über das Privatleben des Arbeitgebers, sind nach der hier vertretenen Auffassung nicht gestattet.

1) a.A., jedoch ohne Begründung, VOGEL aaO., BB 60, 135 ff (unter III).

2) Vgl. oben, S. 94 (RG MuW 32, 387).

4.) Nachteilige Äußerungen und das Recht am Unternehmen.

Nachteilige Mitteilungen über Person oder Betrieb eines Arbeitgebers können Ansprüche wegen Verletzung des Rechts am Unternehmen dann auslösen, wenn sie einem größeren Personenkreis bekannt werden und über das Ausscheiden einzelner Arbeitnehmer hinausgehende Wirkungen bei der Belegschaft zeitigen, namentlich zu einer Störung des Betriebsfriedens oder zu Unruhe unter der Belegschaft führen ¹⁾; denn das Betriebsklima und zufriedene Mitarbeiter sind für den Betrieb wesentliche, ihm eigentümliche, nicht ohne weiteres von ihm ablösbare Werte, auf deren Schaffung und Erhaltung der Unternehmer viel Gedanken, Mühen und Kosten aufwenden muß ²⁾. Anspruchs begründende Wirkungen können selbstverständlich auch im Kreis der Kunden oder Lieferanten eintreten ³⁾.

Derartige Eingriffe in das Unternehmen bringt das Wirtschaftsleben seinem Wesen nach nicht mit sich. Sie könnten entsprechend den früher erörterten Grundsätzen nur aus dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein ⁴⁾.

Insoweit kommt es darauf an, ob die Mitteilungen das notwendige Mittel zur Erreichung eines rechtlich gebilligten Zwecks darstellen und entgegengesetzte berechnete Interessen größtmöglich schonen ⁵⁾. Schutzwürdig sind die Interessen an

1) Vgl. den der Entscheidung des OLG Hamburg in MuW 25/26, 183, zugrundeliegenden Sachverhalt.

2) Man denke an Betriebsfeiern, Ausflüge und dergleichen.

3) Vgl. die Beispiele aus der Rechtsprechung bei SCHIPPEL aaO., S. 53.

4) Vgl. oben, S. 46.

5) Vgl. oben, S. 46; ferner BGHZ 8, 142 ff (145) und BGHZ 3, 270 ff (281).

der Gewinnung wie die entgegengesetzten Interessen an der Erhaltung von Mitarbeitern. Objektiv geboten sind Mitteilungen über Umstände, deren Kenntnis dem zögernden oder ablehnenden Arbeitnehmer eine richtige Entscheidung über den Arbeitsplatzwechsel ermöglicht, die also auch unter dem Blickpunkt der §§ 1 UWG, 826 BGB als zulässig erscheinen. Unrichtige oder nicht nachweisbare Angaben sind somit nicht gerechtfertigt. Notwendig ist aber nur, daß der betreffende Arbeitnehmer die Kenntnis erhält. Eine Mitteilung an ihn ist somit zulässig. Nicht notwendig ist aber, daß andere Belegschaftsmitglieder oder gar Kunden in Kenntnis gesetzt werden. Geschieht das trotzdem, etwa durch Flugblätter, so liegt darin ein Verstoß gegen das Prinzip der größtmöglichen Schonung. Die Beeinträchtigung des Unternehmens ist dann rechtswidrig.

Oft erfolgt die Mitteilung nur an den umworbenen Arbeitnehmer; dennoch erlangen andere Personen durch den Arbeitnehmer Kenntnis von ihrem Inhalt, was zu einer Gefährdung des Rufs des Unternehmens oder zu Störungen des Belegschaftsfriedens führt.

Auch in diesen Fällen sind die Mitteilungen mit zulässigem Inhalt an einzelne Arbeitnehmer das gebotene Mittel zur Erreichung des rechtlich gebilligten Zwecks. Dennoch eintretende Beeinträchtigungen des Unternehmens sind unvermeidlich und deshalb durch den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt.

V.) Die Bedeutung der Initiative.

Die Rechtsprechung hatte sich wiederholt mit der Frage zu befassen, ob es von Bedeutung ist, von wem die Initiative zum Arbeitsplatzwechsel ausgeht. Nach ständiger Rechtsprechung kommt diesem Umstand nur zur Beurteilung anderer Momente Bedeutung zu. Selbständig vermag er dagegen nichts über die Zu-

lässigkeit der Abwerbung auszusagen¹⁾. Dem ist zuzustimmen; denn der rechtliche Gehalt eines Arbeitsplatzwechsels auf Anregung des Arbeitnehmers unterscheidet sich regelmäßig nicht von dem auf Anregung des Arbeitgebers. Die Angebote des Arbeitnehmers decken sich mit den Wünschen des Arbeitgebers und umgekehrt. Ohne Mitwirkung des Vertragspartners kommt in keinem Falle ein neues Arbeitsverhältnis zustande. Darüber hinaus würden einer unterschiedlichen Wertung oft praktisch unüberwindliche Schwierigkeiten begegnen. Es wäre zumindest nicht sicher zu ermitteln, was als erste Anregung anzusehen ist und von wem diese ausging. So wäre zu fragen, ob das allgemein bekannte oder durch Zeitungsanzeigen bekanntgemachte Lohnniveau eines Betriebes als Anregung zu gelten hätte. Es ist demnach unbedenklich, wenn der Abwerbende von sich aus zuerst an den Arbeitnehmer herantritt. Umgekehrt entlastet es den Abwerbenden nicht, daß der Arbeitnehmer den ersten Schritt getan hat.

VI.) Werbeprämien an Drittabwerber.

Gelegentlich zahlen interessierte Arbeitgeber erfolgreichen Drittabwerbern Prämien, sogenannte Kopf- oder Schleppgelder. Diese Form der Abwerbung stellt sich in der Person der Dritten regelmäßig als unter Strafdrohung verbotene Arbeitsvermittlung, in der Person der interessierten Arbeitgeber als Teilnahme hieran dar (§§ 37, 210 AVAVG, § 48 StGB); denn Arbeitsvermittlung im Sinne der genannten Bestimmungen liegt in jeder Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitnehmer mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zu-

1) RG GRUR 34, 608 ff (613); GRUR 36, 994 ff (996); GRUR 36, 504 ff (509); RG MuW 34, 63 ff (64); GÜTEBLIER aaO., GRUR 38, 954 ff (955); vgl. BGH NJW 61, 1308 ff (1309).

sammenzuführen ¹⁾. Diese Bestimmungen enthalten kein Schutzgesetz zugunsten des geschädigten Arbeitgebers; sie verfolgen vielmehr gesamtwirtschaftliche Belange und Interessen der Arbeitnehmer, die vor den Gefahren eigennütziger Stellenvermittlung bewahrt bleiben sollen. Gerade bei der Abwerbung durch Prämienjäger ist besonders intensiven, sachfremden und ohne Rücksicht auf die Interessen der Arbeitnehmer erfolgten Beeinflussungsversuchen Tür und Tor geöffnet. Insofern ist die Strafbarkeit auch Ausdruck sittlicher Wertung. Das Bemühen der Arbeitgeber um Arbeitnehmer darf nicht durch ein solches unsittliches, vom Gesetzgeber eindeutig verpönte Mittel entschieden werden. Die Abwerbung durch Zahlung von

1) KREBS, Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, München und Berlin 1957, § 37 AVAVG RN 2 und 12. Soweit KREBS für den Begriff der Arbeitsvermittlung eine auf längere Sicht gedachte, systematische, nicht vereinzelte, ihrem ganzen Wesen nach auf Vermittlung gerichtete Tätigkeit fordert, ist damit nur die unentgeltliche Vermittlungstätigkeit gemeint. Auch KREBS sieht nämlich in gelegentlichen, unsystematischen, aber entgeltlichen Empfehlungen eine Arbeitsvermittlung (aaO., RN 12). Vgl. auch die Grundsätze zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung bei der Besetzung von Stellen für Führungskräfte der Wirtschaft bei BERNDT-DRAEGER, AVAVG, Stuttgart und Köln seit 1954, Band I Teil II § 37 AVAVG Anlage zu Nr. 10. Nach II 3 lit. c dieser Grundsätze ist es den Personalberatern verboten, bei einer Personalberatung ein gesondertes Erfolgshonorar zu nehmen.

Prämien für Drittabwerber ist daher sittenwidrig ¹⁾.

Auf Sondervorschriften, so für Seeleute (§ 54 Abs. 2 AVAVG), Artisten, Bühnen- und Filmkünstler, Tanz- und Unterhaltungsmusiker, kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden ²⁾.

VII.) Planmäßige Abwerbung.

Eine überragende Rolle bei der Beurteilung von Abwerbungstatbeständen kommt in der Rechtsprechung ³⁾ und - dieser

-
- 1) Vgl. Verlautbarung des Deutschen Industrie- und Handelstages in Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer Bochum 1956, 34; Gutachterausschuß für Wettbewerbsfragen, Gutachten Nr. 4/1955; JAERISCH aaO., Neue Wirtschaftsbrieft Fach 26, S. 317 ff (unter III); Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Der Wettbewerb 58, 90; Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 32; GRUB, AR-Blattei, Abwerbung von Arbeitskräften, Übersicht B III 2 f; LG Bielefeld BB 60, 556 (Nr. 962). Dieses Gericht hält schon die Auslobung von Werbepremien (10.- bis 25.- DM für jede gewonnene Arbeitskraft) wegen der Gefährdung anderer Betriebe für sittenwidrig. Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 241 (unter c). Die hier ausgesprochene Beschränkung, nach der die Abwerbung durch Einsatz von Werbern sittenwidrig ist, wenn zu befürchten sei, daß ungehörige Mittel der Beeinflussung angewandt werden, ist bedeutungslos, da bei bezahlter Abwerbung immer mit derartigem gerechnet werden muß.
 - 2) Näheres bei SIEBRECHT, Handbuch der Arbeitsvermittlung und Berufsberatung, Stuttgart 1959 Teil I, S. 376 ff und BERNDT-DRAEGER aaO., Band II Teil III.
 - 3) Vgl. RG GRUR 34, 608 ff; GRUR 36, 994 ff; GRUR 38, 137 ff; RGZ 149, 114 ff und viele andere mehr; vgl. ferner OLG Hamburg WRP 55, 133 f; OLG Jena JW 29, 1807 f.

folgend - im Schrifttum ¹⁾ dem Merkmal "planmäßig" zu. Kaum ein Urteil verzichtet darauf, die Sittenwidrigkeit einer Abwerbung zumindest auch damit zu begründen, daß der Abwerbende planmäßig gehandelt habe. Diese Praxis hat das genannte Kriterium zu einem schillernden Begriff gemacht, dem jede klare Abgrenzung fehlt.

Planmäßig soll ein zielbewußtes, systematisches Vorgehen nach einem festen Plan sein ²⁾. Dieser Plan kann auf die Gewinnung von Arbeitnehmern ³⁾, aber auch, wie meist, auf weitere Ziele gerichtet sein, die mit Hilfe der Abgeworbenen erreicht werden sollen ⁴⁾.

Planmäßigkeit wird regelmäßig aus der Abwerbung einer Vielzahl gut eingearbeiteter Kräfte abgeleitet ⁵⁾, aber auch dann für denkbar gehalten, wenn lediglich ein einziger wertvoller Arbeitnehmer abspenstig gemacht wird ⁶⁾.

-
- 1) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 239; BUSSMANN-Droste aaO., S. 132; CALLMANN aaO., § 1 UWG RN 88; GODIN-Hoth aaO., § 1 UWG Anm. 15 c (am Ende); v. GODIN in Anm. JW 34, 2137 ff; GOERKE aaO., WRP 55, 12 f; GÜTEBIER aaO., GRUR 38, 954 ff (957 f unter 4.); HANS aaO., S. 59 ff; NERRETER in Anm. JW 38, 121 f (122 unter 4.); REIMER aaO., S. 518; ROSENTHAL aaO., § 1 UWG RN 87; SCHLESSMANN aaO., Mensch und Arbeit 1958, S. 187; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 146; ZITZLAFF aaO., BB 51, 674 ff (unter I 1 e); Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 30; Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Der Wettbewerb 57, 107.
 - 2) RGZ 149, 114 ff (117); RG GRUR 34, 608 ff (609).
 - 3) RG MuW 40, 67; vgl. auch RGZ 149, 114 ff.
 - 4) RG GRUR 38, 137 ff (139); vgl. NERRETER JW 38, 121 f (122).
 - 5) RG GRUR 38, 137 ff (139); vgl. auch RG GRUR 36, 996 und GRUR 36, 504 ff (509) und GRUR 34, 608 ff (609).
 - 6) Vgl. RGZ 149, 114 ff (118) und GOERKE aaO., WRP 55, 12 f (13).

Die Sittenwidrigkeit planmäßigen Vorgehens wird damit begründet, daß der Abwerbende systematisch fremden Besitzstand in Anspruch nehme, etwa durch sofortigen Einsatz der Abgeworbenen im bisherigen Wirkungskreis ¹⁾, aber auch damit, daß es heimlich das Vertrauen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber untergrabe und damit auf das empfindlichste in den fremden Betrieb eingreife; der Einsatz der Abgeworbenen im bisherigen Wirkungskreis verstärke nur die ohnehin gegebene Sittenwidrigkeit ²⁾.

In einigen Entscheidungen wird darauf abgestellt, daß der Betrieb in seinen Grundlagen erschüttert werde ³⁾, in anderen wird bloße Gefährdung als ausreichend angesehen ⁴⁾.

Schließlich sei nicht verschwiegen, daß gelegentlich einfach der Sachverhalt geschildert und gesagt wird, das sei planmäßiges und daher sittenwidriges Verhalten ⁵⁾.

Allen diesen Entscheidungen ist gemeinsam, daß sie Wettbewerbsfälle im Sinne des § 1 UWG betreffen und ein zielbewußtes, systematisches Vorgehen nach einem festen Plan zum Gegenstand haben. Das bunte Bild ⁶⁾ im übrigen läßt aber die Planmäßigkeit als Auffangkriterium für verschiedene als sittenwidrig empfundene Erscheinungsformen der Abwerbung erscheinen.

Das Schrifttum beschränkt sich zumeist darauf, einige Entscheidungen zu zitieren, die dort genannten Umstände kumula-

1) Vgl. RG GRUR 36, 994 ff (996), und GRUR 38, 137 ff (139).

2) Vgl. RG GRUR 34, 608 ff (609/610).

3) Vgl. RG GRUR 36, 504 ff (508).

4) Vgl. RG GRUR 36, 994 ff (996) und Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 239 aa.

5) Vgl. die Kritik dieser Rechtsprechung bei HANS aaO., S.61.

6) Vgl. die Darstellung bei GÜTEBIER aaO., GRUR 38, 954 ff (957 unter 4.).

tiv wiederzugeben und zu sagen, das sei planmäßiges und daher sittenwidriges Verhalten ¹⁾. Nur selten findet sich eine kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung ²⁾.

Kritik ist aber dringend geboten; denn das Merkmal "planmäßig" als solches kann schon deshalb keine geeignete Hilfe zur Beurteilung eines Falles geben, weil in der Regel jeder Unternehmer planmäßig, d.h. zielbewußt und systematisch nach einem festen Plan, handeln wird und handeln muß, wenn er sich im Wettbewerb behaupten will; man denke nur an "Werbefeldzüge". Daß hiergegen etwas einzuwenden wäre, kann nicht ernstlich vertreten werden. Selbst das RG hat mehrfach zugestanden, daß nur der unlautere, nicht aber der planmäßige Wettbewerb verboten sei ³⁾. Die Verwendung des Begriffs der "Planmäßigkeit" als Kriterium der Sittenwidrigkeit muß daher als nicht sehr glücklich bezeichnet werden ⁴⁾.

Nicht die planmäßige Abwerbung als solche, sondern die planmäßige Verfolgung wettbewerbswidriger Ziele durch Abwerbung ist es, die die Abwerbung sittenwidrig machen kann ⁵⁾. Unter diesem Blickpunkt kommen zwei Ziele in Betracht, die im Anschluß an HEFERMEHL ⁶⁾ als Ausbeutung und Behinderung des

1) Vgl. oben, FN 1) auf S. 103.

2) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 239; v.GODIN in Anm. JW 34, 2137 ff (Nr. 8); HANS aaO., S. 59 f; NERRETER in Anm. JW 38, 122.

3) RG GRUR 36, 994 ff (998); vgl. auch RG GRUR 39, 728 ff (730).

4) NERRETER in Anm. JW 38, 121 f (122).

5) Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Der Wettbewerb 57, 107; vgl. auch VOGEL aaO., BB 60, 135 ff (unter III.). Vgl. ferner FN 6).

6) in Baumbach-Hefermehl aaO., § 1 UWG RN 239; ähnlich schon v.GODIN (in Anm. JW 34, 2137 ff, Nr.8) und NERRETER (in Anm. JW 38, 121 f, unter 4.). Auch die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (Der Wettbewerb 57, 107) versteht den Begriff "planmäßig" in dem Sinn, daß es dem Abwerbenden mehr um andere Ziele als die Gewinnung von Arbeitskräften gehe.

durch Abwerbung betroffenen Arbeitgebers gekennzeichnet werden sollen. Diese Gesichtspunkte werden die Gliederung des nächsten Abschnitts bestimmen, in dem der Einfluß bestimmter Zielsetzungen auf die Zulässigkeit der Abwerbung zu behandeln ist ¹⁾.

Zuvor sei aber noch auf den Versuch von HANS ²⁾ hingewiesen, dem Kriterium der Planmäßigkeit neues Leben zu geben. Er sieht es nur dann als erfüllt an, wenn jemand eine bestimmte wettbewerblich relevante Handlung bewußt und fortgesetzt begeht. "Planmäßig" stellt sich danach im Grunde nur als andere, zusammenfassende Bezeichnung für die Kriterien "bewußt" und "fortgesetzt" dar, ohne daß damit ein Anhaltspunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit gefunden wäre. Das verdeutlicht ein Beispiel: Der Wettbewerber, der bewußt und fortgesetzt Werbung betreibt, indem er seine Waren anpreist, handelt in wettbewerblich relevanter Weise "planmäßig" im Sinne von HANS. Daß dieses Verhalten sittenwidrig wäre, kann aber sicherlich nicht behauptet werden. Wenn HANS unter wettbewerblich relevantem Handeln nur ein solches verstehen will, dem schon ein Stich ins Sittenwidrige anhaftet, so wäre er genötigt, dies anhand von Kriterien zu ermitteln, die dem der Planmäßigkeit jedenfalls nicht entnommen werden können. Sein Versuch, die Planmäßigkeit als eigenes Kriterium der Sittenwidrigkeit zu retten, muß daher als gescheitert angesehen werden.

C) Zweck der Abwerbung.

Wie angekündigt ³⁾, ist nunmehr der Einfluß bestimmter Zielsetzungen des Abwerbenden auf die Interessenlage und damit auf die rechtliche Beurteilung zu untersuchen.

1) Vgl. unter C).

2) aaO., S. 60 ff.

3) Vgl. oben, S. 105/106.

Es wurde schon angedeutet ¹⁾, daß einmal eine Ausbeutung des Konkurrenten beabsichtigt sein kann. Davon kann gesprochen werden, wenn der Abgeworbene einen Zugang zu Kunden oder Unternehmensgeheimnissen eröffnen soll ²⁾. Dann kann dem Abwerbenden daran gelegen sein, dem Wettbewerber durch Entzug seiner Mitarbeiter die Grundlage gewerblicher Leistungsfähigkeit zu entziehen, ihn auf diese Weise zu behindern und nach Möglichkeit aus dem Wettbewerb auszuschalten.

I.) Abwerbung zur Ausbeutung.

1.) Abwerbung zur Kundengewinnung.

a) Das Problem.

Oft lassen die Begleitumstände einer Abwerbung erkennen, daß es dem Abwerbenden in besonderem Maße um die Kunden des Wettbewerbers geht, die durch den Abgeworbenen geworben werden sollen. Wann eine solche Absicht anzunehmen ist, ist Tatfrage des Einzelfalls. Sie kann zu bejahen sein, wenn im Zuge der Abwerbungsverhandlungen besondere Erkundigungen über die Beziehungen des Arbeitnehmers zu Kunden eingezogen werden, wenn der Abgeworbene sofort im bisherigen Wirkungskreis gegen seinen früheren Arbeitgeber eingesetzt wird, wenn Kunden gebeten werden, den übernommenen Fachkräften weiterhin das Vertrauen zu bewahren oder wenn die Abwerbung gerade Arbeitnehmern gilt, die für den Verkaufserfolg in bestimmten

1) Vgl. oben, S. 105.

2) Das sind die praktisch häufigsten und bedeutsamsten Fälle; weitere sind denkbar.

Kundenkreisen entscheidend sind ¹⁾.

Abwerbung mit dieser Zielsetzung wird überwiegend als sittenwidrig angesehen ²⁾. Die Abwerbung dürfe der Gewinnung von Mitarbeitern dienen; sie dürfe aber nicht dazu mißbraucht werden, sich Kunden zuschleppen zu lassen. Der Abwerbende schlage den Wettbewerber mit dessen eigenen Waffen und versetze ihn in die schlimme Lage, von vorne beginnen zu müssen. Der Versuch, den eigenen Kundenkreis zu vergrößern, werde nicht mit den Mitteln des Leistungswettbewerbs, sondern durch die Ausnutzung der persönlichen Beziehungen eines Arbeitnehmers zu Kunden des Wettbewerbers unternommen. Das gehe über das Maß naturgemäßen und wettbewerbseigenen Ausnutzens fremder Beziehungen und Erfahrungen weit hinaus und sei verwerflich. Anderen geht diese Auffassung zu weit ³⁾.

Es fällt in der Tat nicht leicht, die Sittenwidrigkeit zu begründen; denn das Bemühen um den Kunden liegt im Sinn des Wettbewerbs. Einen Anspruch auf Erhaltung des Kundenkreises gibt es nicht. Das auf Gewinnung von Kunden gerichtete Streben ist nicht weniger schutzwürdig als das der Gegenseite auf Erhaltung ⁴⁾.

-
- 1) Vgl. OLG Hamburg WRP 55, 133 ff (134); OLG Celle DB 60, 295; BGH WuW 56, 750 ff (hier wird die Werbung unter Hinweis auf übernommene Fachkräfte unter dem Gesichtspunkt der bezugnehmenden Werbung als unzulässig angesehen); OLG Wien, mitgeteilt bei SCHÖNHERR, Wettbewerb- und Markenrecht in Österreich, WRP 56, 40 ff (unter I 1 b); HANS aaO., S. 66.
- 2) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 239 (bb); HANS aaO., S. 66; GÜTEBIER aaO. GRUR 38, 954 ff (959); ROSENTHAL aaO., § 1 UWG Anm. 86; OLG Hamburg WRP 55, 133 ff (134); RGZ 149, 114; OLG Jena JW 29, 1807 f (mit zustimmender Anm. KOHLHAMMER); RG GRUR 34, 608 ff (610).
- 3) CALLMANN aaO., § 1 UWG RN 87.
- 4) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Allgemeine Grundlagen RN 15; BGH DB 52, 759; RG GRUR 39, 728 ff (730).

b) Lösung unter dem Blickpunkt der Verleitung zum Vertragsbruch.

Das Verhalten des Abwerbenden wäre schon unter dem Gesichtspunkt der Verleitung zum Bruch einer tragenden Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis sittenwidrig ¹⁾, wenn der Abgeworbene nach Beendigung des früheren Dienstverhältnisses in dessen Nachwirkung gehindert wäre, sich an die Kunden seines früheren Arbeitgebers zu wenden. Das zur Entscheidung dieser Frage in erster Linie berufene Arbeitsrecht bejaht dies jedoch nur in zwei Ausnahmefällen.

Der eine ist gegeben, wenn die künftige, gegen den derzeitigen Arbeitgeber gerichtete Tätigkeit unredlich vorbereitet wird. Als solche Vorbereitungshandlungen gelten die Anlegung von Kundenlisten, das Aufmerksammachen der Kunden auf den bevorstehenden Stellenwechsel, das im Hinblick auf diesen erfolgende Anknüpfen von Beziehungen zu Kunden und ähnliche Vorbereitungshandlungen ²⁾.

Der andere Fall ist der, daß die Werbung im Kundenkreis des früheren Arbeitgebers einer Wettbewerbsabrede widerspricht. Wettbewerbsabreden können mit Handlungsgehilfen im Rahmen des § 74 HGB, mit gewerblichen Arbeitnehmern im Rahmen des § 133 f GewO, mit allen anderen innerhalb der Schranken des § 138 BGB abgeschlossen werden. ³⁾

1) Vgl. oben, S. 64 f, 62.

2) NIKISCH, Arbeitsrecht aaO., S. 389 mit zahlreichen weiteren Zitaten; ZITZLAFF aaO., BB 51, 674 ff (unter I 2 d); RG JW 35, 1091 ff (1093); OLG Schleswig MDR 54, 487.

3) BAG AR-Blattei Wettbewerbsverbot Entscheidungen Nr. 8 (= AP § 133 f GewO Nr. 4), Nr. 7 (= BAGE 6, 291), Nr. 4 (= BAGE 3, 296), BAG DB 60, 443; LAG Düsseldorf (Köln) AR-Blattei Wettbewerbsverbot Entscheidung Nr. 6; ArbG Heilbronn BB 60, 487 (Nr. 840); NIKISCH, Arbeitsrecht aaO., S. 405; SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 405. Sonderbestimmungen gelten für Minderjährige und Lehrlinge.

Im übrigen ist der Arbeitnehmer aber nicht gehindert, die ihm durch seine früheren Tätigkeiten eröffneten Möglichkeiten auszunutzen. Er darf nach Ende eines Arbeitsverhältnisses namentlich für Wettbewerber tätig werden und für diese im Kundenkreis seines früheren Arbeitgebers werben ¹⁾. Versuche, aus nachvertraglichen Treupflichten eine Beschränkung dieser grundsätzlichen Freiheit herzuleiten, müssen an dem in § 133 f GewO und §§ 74 ff HGB zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers scheitern ²⁾. Außerdem kommen nachwirkende Treupflichten nur dort in Betracht, wo sie sich als selbstverständliche Folgerungen aus dem Treuegedanken ergeben ³⁾. An dieser Selbstverständlichkeit fehlt es aber angesichts der starken Interessen des Arbeitnehmers an seinem Fortkommen.

Die Frage, ob Abwerbung zur Kundengewinnung zulässig ist, läßt sich daher nur in Ausnahmefällen mit Hilfe der Grundsätze beantworten, die für die Beurteilung der Verleitung zum Vertragsbruch maßgebend waren. Es bedarf einer eigenständigen Interessenabwägung in allen übrigen Fällen.

-
- 1) BAG AR-Blattei Wettbewerbsverbot, Entscheidung Nr. 9 (= BAGE 7, 239) mit zustimmender Anm. GROS; OLG Schleswig MDR 54, 487; NIKISCH, Arbeitsrecht aaO., S. 395; vgl. SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 400; vgl. TETZNER aaO., § 1 UWG RN 64; RG GRUR 36, 627 ff.
 - 2) BAG wie FN 1). GROS (in der Anm. hierzu) hält deshalb nachvertragliche Treupflichten des fraglichen Inhalts nur bei Arbeitnehmern für möglich, für die die genannten Bestimmungen nicht gelten. Vgl. aber auch BAG AR-Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis X Entscheidung 1. Hier hält das BAG unter Berufung auf SCHNORR VON CAROLSFELD in ganz besonders gelagerten Fällen Beschränkungen hinsichtlich der Eingehung eines neuen Arbeitsverhältnisses für möglich (vgl. auch Anm. von MOLITOR).
 - 3) HUECK-Nipperdey aaO., S. 224; SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 400 ff und S. 277.

c) Lösung aufgrund eigenständiger Interessenabwägung.

Die Interessenlage erhält ihr besonderes Gepräge durch die entgegengesetzten Interessen an der Erhaltung bzw. Gewinnung von Kunden, die gleichermaßen schutzwürdig sind ¹⁾. Die Entscheidung hängt deshalb davon ab, ob die Abwerbung als sachgerechtes Mittel zur Lösung dieses besonderen Interessenkonfliktes angesehen werden kann.

Die herrschende Meinung verneint dies unter Berufung auf das Leistungsprinzip. Dieses besage, ²⁾ daß nur mit den Mitteln der eigenen besseren Leistung gekämpft werden dürfe. Es ermögliche eine Unterscheidung zwischen Leistungs- und Nicht-Leistungswettbewerb. Während ersterer stets wettbewerbsgemäß und zulässig sei, indiziere letzterer eine unlautere Wettbewerbshandlung, zu deren endgültiger Feststellung es aber noch der Berücksichtigung etwaiger besonderer Umstände des Einzelfalls bedürfe.

Abweichend sieht FIKENTSCHER ³⁾ das Leistungsprinzip dann als gewahrt an, "wenn die Leistung des Mitbewerbers und die wirtschaftlichen Auswirkungen der von dieser Leistung getragenen Wettbewerbshandlung auf die übrigen Mitbewerber und die Kunden in einem für die Gesamtheit erträglichen Verhältnis stehen". In dieser Form bilde das Leistungsprinzip die materielle Grundlage des Unwerturteils über den unlauteren Wettbewerb. Es habe aber nicht die Aufgabe, zwischen Recht und Unrecht im Wettbewerb zu unterscheiden; dies müsse vielmehr der Sittenwidrigkeit überlassen bleiben. Ein Sittenverstoß sei aber gegeben, wenn das genannte Mißverhältnis bestehe ⁴⁾.

1) Vgl. oben, S. 108.

2) Vgl. Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 67 ff.

3) aaO., S. 116 f.

4) FIKENTSCHER aaO., S. 117.

Mit diesem Satz eröffnet im Grund auch FIKENTSCHER methodisch den Weg, über die Feststellung dieses Mißverhältnisses und damit des Verstoßes gegen das Leistungsprinzip zu dem Urteil "sittenwidrig" zu gelangen.

Beide Definitionen lassen erkennen, daß das Leistungsprinzip Bestandteil und Ausprägung einer Interessenabwägung ist. Damit wird deutlich, daß sich das Leistungsprinzip in das hier vertretene Prinzip der Interessenabwägung zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit ¹⁾ reibungslos einfügt und eine zulässige Anknüpfung zur Lösung des Ausgangsproblems bietet.

Seine Anwendung setzt eine nähere Erfassung dessen voraus, was unter Leistung zu verstehen ist. Das Leistungsprinzip leitet sich ab aus dem Gedanken des Leistungsvergleichs, der dem Wettbewerb als dem gleichzeitigen Bemühen mehrerer um den Kunden innewohnt ²⁾. Der Kunde soll den Vergleich dadurch entscheiden, daß er aufgrund freier Entschließung das eine oder andere Angebot wählt. Daraus folgt, daß zur Leistung alles gehört, was den Kunden ohne Beeinträchtigung seiner Willensfreiheit veranlassen kann, sich in der einen oder anderen Weise zu entscheiden. Hierzu rechnen in erster Linie einmal Preis, Qualität, Lieferzeiten und ähnliches. Es ist aber selbstverständlich nicht zu beanstanden, daß ein Kunde sich durch persönliche Gefühle leiten läßt und die teure Ware eines ihm sympathischen Kaufmanns der billigeren eines Grobians vorzieht. Zur Leistung gehören demnach auch persönliche Beziehungen und ähnliches ³⁾.

1) Vgl. oben, S. 20/21.

2) FIKENTSCHER aaO., S. 115.

3) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 68.

Das Leistungsprinzip fordert, daß der Wettbewerb mit eigenen Leistungen bestritten werden muß. Das bedeutet nicht, daß diese ihren Ursprung unbedingt in einer Leistung des anbietenden Wettbewerbers selbst haben müssen. Das wäre gar nicht möglich, da jedermann auf den Leistungen und Erfahrungen anderer aufbaut ¹⁾. Zu fordern ist lediglich, daß gegen die Verwendung der Mittel zur Erbringung der Leistung nichts einzuwenden ist.

Demnach darf von Vorteilen Gebrauch gemacht werden, die allgemein zugänglich sind, in Glück oder Zufall begründet sind ²⁾. Ausgenutzt werden dürfen somit auch die persönlichen Beziehungen der Mitarbeiter ³⁾.

Die Unzulässigkeit der Abwerbung zum Zwecke der Kundengewinnung kann also nicht schon daraus hergeleitet werden, daß sich ein Wettbewerber der Beziehungen eines Arbeitnehmers bedient. Entscheidend muß eine andere Erwägung sein.

Im Wettbewerb unterliegt jeweils der gesamte Lebensvorgang rechtlicher Würdigung ⁴⁾ ⁵⁾. Abwerbung und Einbruch in den Kundenkreis des Mitbewerbers müssen daher einheitlich gesehen werden. Bei dieser Betrachtungsweise erscheinen die Beziehungen des Arbeitnehmers zu den Kunden aber noch als solche seines Arbeitgebers. Das dem Arbeitnehmer entgegengebrachte Vertrauen gilt zu einem großen Teil, den Kunden möglicherweise

1) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 172 und Einleitung zum UWG RN 102.

2) FIKENTSCHER aaO., S. 116; Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 68.

3) RG GRUR 36, 994 ff (1996).

4) Statt vieler TETZNER aaO., § 1 UWG RN 47.

5) Das RG spricht in diesem Zusammenhang vom "Gesamtbestand", der BGH von der maßgebenden "Gesamtwirkung", dem "Gesamtzusammenhang". Vgl. hierzu die Ausführungen und Zitate bei v. GAMM aaO., WRP 58, 367 f.

unbewußt, dem vertretenen Arbeitgeber und dessen gewerblichen Leistungen; denn ohne zufriedenstellende Leistungen läßt sich im geschäftlichen Verkehr auf die Dauer kaum ein Vertrauensverhältnis denken. Darüber hinaus war es der Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer die zur Begründung der Beziehungen erforderlichen Mittel und Gelegenheiten zur Verfügung gestellt hat ¹⁾.

Diese Beziehungen zu den Kunden fallen dem Abwerbenden weder aufgrund eigener Mühen und Kosten zu, noch werden sie dem Abwerbenden glückhaft zuteil, noch sind sie allgemein zugänglich. Der Abwerbende will also den Wettbewerb ohne eigene Leistung bestreiten. Er will, wie die Rechtsprechung ²⁾ sagt, sich statt dessen der Waffen des Gegners bedienen, wobei diesem schwerer Schaden entsteht. Der Abwerbende verstößt somit gegen das Leistungsprinzip. Irgendwelche Gründe, die die mit dieser Feststellung indizierte Sittenwidrigkeit auszuschließen vermöchten, sind nicht ersichtlich.

Die gebotene einheitliche Betrachtungsweise läßt nicht erst die Kundenwerbung unter Ausnutzung der Beziehungen des Abgeworbenen, sondern schon die Abwerbung von Arbeitnehmern zum Zwecke des Einbruchs in den Kundenkreis des betroffenen Arbeitgebers als sittenwidrig erscheinen. Der herrschenden Meinung ist zu folgen ³⁾.

Das gefundene Ergebnis wird durch eine rechtspolitische Erwägung bestätigt. Wäre die Abwerbung zum Zwecke der Kundengewinnung zulässig ⁴⁾, würde sich der Wert eines Arbeitnehmers und damit seine Entlohnung nicht nach seiner Leistung,

1) Vgl. v. GODIN in Anm. JW 34, 2137 ff (2138).

2) Vgl. oben, S. 108

3) Vgl. oben, S. 108 und HANS aaO., S. 66/67.

4) Daß diese Fragestellung erlaubt und sinnvoll ist, bejaht besonders TETZNER aaO., § 1 UWG RN 48.

sondern nach dem Wert des zu erwartenden Kundenzustroms richten. Hemmungslose Angebote der Wettbewerber an entsprechende Arbeitnehmer auf der einen Seite, gesteigerte Bereitschaft zum Arbeitsplatzwechsel auf der anderen Seite wären zu befürchten. In das Bemühen um Arbeitnehmer würden sachfremde Momente hineingetragen. Der jeweilige Arbeitgeber müßte von Anfang an darauf bedacht sein, die Entstehung jedes Vertrauensverhältnisses zwischen Kunde und Mitarbeiter zu unterbinden. Reibungsvolle, dem Wirtschaftsleben abträgliche, stets von Mißtrauen erfüllte Spannungsverhältnisse zwischen Arbeitnehmern, Arbeitgebern und Kunden wären die Folge.

d) Sonderfall.

Die oben entwickelten Grundsätze gelten nicht in dem Sonderfall, in dem die Beziehungen zu Kunden primär als solche des Arbeitnehmers selbst erscheinen, dieser sie etwa schon in das Arbeitsverhältnis eingebracht hat, sie gleichsam sein Kapital bilden. Man denke an die Abwerbung "gut eingeführter" vertreterähnlicher Arbeitnehmer. In solchen Fällen kämpft der Abwerbende mit den Waffen des Mitarbeiters, nicht aber mit denen des Wettbewerbers. Hiergegen ist aber, wie ausgeführt, nichts einzuwenden.¹⁾

e) Abwerbung zur Kundengewinnung und das Recht am Unternehmen.

Gilt die Abwerbung Beziehungen zu Kunden, die nach Umfang oder Bedeutung als dem betroffenen Unternehmen wesentlich anzusehen sind, so kann das Recht am Unternehmen berührt sein²⁾.

1) Vgl. oben, S. 113; GÜTEBIER aaO., GRUR 38, 954 ff (959); vgl. v. GODIN in Anm. JW 34, 2137 (2138).

2) Vgl. hierzu im übrigen oben, S. 32/33, 39, 40.

Die an einer derartigen Abwerbung beteiligten Arbeitgeber sind stets Wettbewerber im Sinne des § 1 UWG. Das hat zur Folge, daß die Interessenlage auch unter dem Blickpunkt des § 823 Abs. 1 BGB anhand des Leistungsprinzips, das nur für Wettbewerbsverhältnisse gilt, beurteilt werden kann. Erscheint die Handlungsweise des Abwerbenden danach sogar als sittenwidrig, kann sie nicht rechtmäßig sein, wo sie den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB erfüllt ¹⁾.

2.) Abwerbung zur Erlangung von Unternehmensgeheimnissen.

a) Das Problem.

Der Abwerbende kann es auf Unternehmensgeheimnisse eines Wettbewerbers abgesehen haben. Auf eine derartige Absicht kann beispielsweise geschlossen werden, wenn der Arbeitnehmer aufgefordert wird, sich vor seinem Übertritt Informationen und Aufzeichnungen über bestimmte Geheimnisse zu verschaffen. Ebenso verdächtig ist es, wenn sich der Abwerbende vor Zusage einer neuen Stelle besonders angelegentlich nach dem Wissen des Arbeitnehmers über Unternehmensgeheimnisse erkundigt ²⁾.

Nur die unter dem Begriff der Unternehmensgeheimnisse zusammengefaßten Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse im Sinne der Ausführungen im ersten Kapitel ³⁾ bilden den Gegenstand der hier anzustellenden Untersuchungen. Fähigkeiten und Kenntnisse, die der Arbeitnehmer bei seinem früheren Arbeitgeber erworben hat, und die nicht Geheimnisse zum Inhalt haben,

1) Etwaige Rechtfertigungsgründe würden zu einer grundlegend anderen Beurteilung der Interessenlage führen und damit schon die Sittenwidrigkeit ausschließen.

2) Vgl. LG Arnsberg in Der Arbeitgeber 56, 450.

3) Oben, S. 30/31.

dürfen selbstverständlich unbeschränkt verwertet werden ¹⁾. Ihrer darf sich auch ein Wettbewerber des früheren Arbeitgebers bedienen; auf sie darf er es abgesehen haben. Geht es dem Abwerbenden aber um das Wissen des Arbeitnehmers um Unternehmensgeheimnisse, so wird die Sache bedenklich, nach allgemeiner Meinung sogar stets sittenwidrig ²⁾. Angesichts der starken entgegenstehenden Interessen des Abwerbenden und des Arbeitnehmers erscheint es lohnend, diese Meinung nachzuprüfen.

Daß das Geheimhaltungsinteresse grundsätzlich schutzwürdig ist, folgt ohne weiteres aus den Bestimmungen der §§ 17 ff UWG, § 1 UWG, § 826 und § 823 Abs. 1 BGB ³⁾. Für das entgegengesetzte Interesse des abwerbenden Wettbewerbers fehlt es an entsprechenden ausdrücklichen Vorschriften. Damit kann die Schutzwürdigkeit aber nicht verneint werden. Aus dem Wesen des Wettbewerbs folgt vielmehr, daß auch des Wettbewerbers Streben Schutz genießt, den durch den Besitz von Geheimnissen bedingten Vorsprung des anderen im Wettbewerb in wettbewerbsgemäßer Weise aufzuholen. Daß schließlich das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers weitgehend davon abhängt, Wissen frei verwerten zu können, bedarf keiner näheren Ausführungen.

1) HUECK-Nipperdey aaO., S. 224; SCHNORR VON CARLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 406; Staudinger-NIPPERDEY, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage Berlin 1958, § 611 BGB RN 164; DIETZ, Die Pflicht des ehemaligen Beschäftigten zur Verschwiegenheit über Betriebsgeheimnisse, Festschrift für Hedemann, Jena 1938, S. 341.

2) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 239 (bb); HANS aaO., S. 67; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 144, vgl. auch RN 76; VOGEL aaO., BB 60, 135 ff (136 unter III); vgl. OLG Düsseldorf GRUR 54, 74; OLG Stuttgart in der Wiedergabe durch RG GRUR 39, 308 ff (311); Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 33.

3) Vgl. Baumbach-HEFERMEHL aaO., RN 2 der Übersicht vor § 17 UWG; vgl. ferner HAAGER in BGB-RGRK, aaO., § 823 BGB Anm. 27 und § 826 BGB Anm. 76; ferner BGHZ 16, 172 ff.

Der gesamte Lebensvorgang setzt sich zusammen aus drei Phasen, aus der Abwerbung, aus der Kenntniserlangung und aus der Verwertung der Geheimnisse durch den Arbeitgeber. Im Rahmen des Themas interessiert an sich nur die erste Phase. Soweit aber die folgenden die rechtliche Beurteilung beeinflussen, müssen sie mit berücksichtigt werden.

b) Lösung unter dem Gesichtspunkt einer Teilnahme
an strafbarer Handlung des Arbeitnehmers.

Im Anschluß an die Strafnorm des § 17 UWG soll zunächst versucht werden, das Problem unter dem Gesichtspunkt der erfolgreichen (§ 48 StGB) oder erfolglosen (§ 20 UWG) Anstiftung zu einer strafbaren Handlung des Arbeitnehmers nach § 17 Abs. 2 UWG zu lösen. Nach der genannten Bestimmung wird auch ein Arbeitnehmer bestraft, der nach Ende seines Arbeitsverhältnisses durch gesetz- oder sittenwidrige Handlung erlangte Unternehmensgeheimnisse zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz verwertet oder an einen Dritten mitteilt ¹⁾. Anderer Ansicht ist nur scheinbar HEFERMEHL ²⁾, wenn er ausführt, § 17 UWG sei auf die Beziehungen zwischen Betrieb und Betriebsangehörigen unanwendbar. Dieser Widerspruch löst sich sofort, wenn man die Bemerkung von HEFERMEHL dahin versteht, daß während der Dauer des Dienstverhältnisses für eine Anwendung des § 17 Abs. 2 UWG auf das Verhältnis zwischen Betrieb und Beschäftigtem wegen der Sonderregelung des § 17 Abs. 1 UWG kein Raum bleibt. Daß die Bemerkung nicht anders gemeint ist, ergibt sich aus der in ihr zitierten Entscheidung des RG ³⁾, in der lediglich § 18 UWG als unanwendbar be-

1) GODIN-Hoth aaO., § 17 UWG Anm. 12 c; NIKISCH, Arbeitsrecht aaO., S. 392; GÜTEBIER aaO., GRUR 38, 963 (unter 2.); BGH AR-Blattei, Geheimnisschutz im Arbeitsrecht, Entscheidung 2; BEINE, AR-Blattei, Geheimnisschutz im Arbeitsrecht, Übersicht C II 3.

2) In Baumbach-Hefermehl aaO., § 17 UWG RN 22 (am Ende).

3) Es handelt sich um eine Entscheidung des RAG, wiedergegeben in GRUR 44, 46 = RAGE 27, 241 ff.

zeichnet, § 17 Abs. 2 UWG dagegen auf den fraglichen Fall angewandt wurde ¹⁾. Für die Richtigkeit dieses Verständnisses spricht ferner, daß HEFERMEHL selbst wenige Sätze später ²⁾ als Beispiel für § 17 Abs. 2 UWG anführt das "planmäßige Einprägen des Baus einer Maschine oder eines Verfahrens durch den Beschäftigten während seiner Dienstzeit ...". Hinsichtlich der einzelnen Tatbestandsmerkmale ergibt sich folgendes:

Zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz wird der Arbeitnehmer bei Weitergabe eines Geheimnisses an seinen neuen Arbeitgeber regelmäßig handeln; denn zu Zwecken des Wettbewerbs handelt auch, wer fremden Wettbewerb fördern will. Eine derartige Absicht kann nicht nur ein selbständiger Gewerbetreibender, sondern auch ein Arbeitnehmer haben ³⁾. Zumindest handelt der Arbeitnehmer aber aus Eigennutz, für den kein vermögenswerter Vorteil vorausgesetzt wird ⁴⁾. Es genügt schon das Bestreben, sich beim neuen Chef eine "gute Nummer" zu erwerben.

Der Arbeitnehmer muß die Kenntnis von den Geheimnissen ferner durch eine gesetz- oder sittenwidrige Handlung erlangt haben. Dieses Merkmal ist nach der sehr strengen Rechtsprechung schon dann erfüllt, wenn ein den Belangen des Dienstherrn nicht dienlicher und nicht üblicher Weg beschritten wird. Hierzu gehören die Anfertigung von Aufzeichnungen, die Einprägung wichtiger Fakten oder die durch eigene beruf-

1) RAGE 27, 246.

2) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 17 UWG RN 23.

3) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 137.

4) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 17 UWG RN 16.

liche Tätigkeit nicht bedingte Ausforschung oder Befragung anderer Mitarbeiter ¹⁾.

Weiß der Abwerbende von der Art der Kenntniserlangung durch den Arbeitnehmer - möglicherweise hat er selbst den Arbeitnehmer dazu bestimmt - und veranlaßt er ihn dennoch, die Geheimnisse zu offenbaren, so macht sich der Abwerbende der Anstiftung zum Geheimnisverrat gemäß § 17 Abs. 2 UWG in Verbindung mit § 48 StGB oder § 20 UWG schuldig ²⁾. In diesen Fällen sind gegen ihn Ansprüche nach § 19 UWG, §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB wegen der Geheimniserlangung begründet. Ansprüche aus Abwerbung sind aber nur dann gegeben, wenn diese selbst sittenwidrig ist.

Die Abwerbung ist Bestandteil des einheitlichen Lebensvorganges "Geheimniserlangung durch Abwerbung". Soweit die Geheimniserlangung als sittenwidrig anzusehen wäre, würde dieser Makel auch der Abwerbung anhaften ³⁾.

Die Geheimniserlangung verstößt, wie ausgeführt, gegen eine Strafnorm. Ein solcher Verstoß ist dann auch sittenwidrig, wenn die Strafnorm Ausdruck sittlicher Wertung ist, oder wenn der Verstoß im Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber

1) RG JW 36, 2081; RAGE 27, 241 ff (247); BAG DB 60, 443; HUECK-Nipperdey aaO., S. 224, bes. FN 23; Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 17 UWG RN 23; NASTELSKI aaO., GRUR 57, 1 ff (5); BGH AR-Blattei, Geheimnisschutz im Arbeitsrecht Entscheidung 2.

2) Die Verwertung derart erlangter Geheimnisse kann den Abwerber selbst als Täter des Vergehens nach § 17 Abs. 2 UWG strafbar werden lassen; denn die durch Anstiftung zum Geheimnisverrat erfahrenen Geheimnisse sind durch eine eigene gesetz- oder sittenwidrige Handlung des Verwertenden erlangt.

3) Vgl. v. GAMM aaO., WRP 58, 367 f.

ausgenutzt werden soll ¹⁾. Beide Gründe sind vorliegend erfüllt; denn § 17 Abs. 2 UWG ist Ausdruck einer sittlichen Wertung ²⁾, wie der kennzeichnende Begriff "Verrat" ³⁾ und der ausdrückliche Bezug auf die guten Sitten im Tatbestand dieser Bestimmung zeigen. Überdies ist die Strafbarkeit des Arbeitnehmers Ausfluß der Verletzung arbeitsrechtlicher Treupflicht, deren hoher sittlicher Gehalt unbestreitbar ist. Auch der zweite Grund liegt vor, da der Abwerbende zum Geheimnisverrat verleitet, um daraus im Wettbewerb Vorteile zu ziehen. Unter den geschilderten Voraussetzungen ist Abwerbung zur Geheimniserforschung also sittenwidrig.

c) Lösung aufgrund eigenständiger Interessenabwägung.

Der Arbeitnehmer, der redlich erlangte Unternehmensgeheimnisse bekanntgibt, macht sich nicht strafbar. Das schließt jedoch sittenwidriges Handeln des Abwerbenden nicht aus ⁴⁾. Dieses wäre wegen der gebotenen einheitlichen Betrachtung des gesamten Lebensvorganges unter dem Gesichtspunkt der Verleitung zur Verletzung einer wesentlichen Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis sittenwidrig, wenn den Arbeitnehmer auch nach Ende des Arbeitsverhältnisses zivilrechtlich eine Verschwiegenheitspflicht trifft.

Eine solche kann sich aus ausdrücklicher Vereinbarung ergeben. Gegen derartige Verschwiegenheitsklauseln bestehen keine grundsätzlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 12 und

1) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 57.

2) NASTELSKI aaO., GRUR 57, 1 ff (4 unter IV 1).

3) Vgl. beispielsweise die Überschrift zu § 17 UWG bei Baumbach-Hefermehl aaO., Überschrift zu Vorbem.vor §17 UWG

4) RG GRUR 37, 559 ff (561); RG GRUR 39, 308 ff (312/313).

2 GG, § 138 BGB. Streit besteht lediglich hinsichtlich der Frage, ob direkt oder analog die Regeln der §§ 74 ff HGB, § 133 f GewO Anwendung finden ¹⁾. Beschränkt sich die Verschwiegenheitspflicht auf wirkliche Geheimnisse, wird man diese Frage wohl mit HUECK und dem RAG verneinen können ²⁾. Im übrigen muß die Entscheidung dem speziellen Arbeitsrecht vorbehalten bleiben.

Ob auch ohne Vereinbarung über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus eine Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich redlich erlangter Kenntnisse besteht, ist lebhaft umstritten. Eine gesetzliche Bestimmung zu dieser Frage fehlt.

Die Fortdauer der Verschwiegenheitspflicht kann insbesondere nicht auf § 17 Abs. 2 UWG gestützt werden ³⁾; denn diese Bestimmung betrifft nur unredlich erlangtes Wissen. Die Weitergabe anvertrauter oder sonst redlich erfahrener Geheimnisse erfüllt den Tatbestand dieser Norm nicht ⁴⁾, wie der komplizierte Wortlaut vielleicht meinen lassen könnte. Auch § 18 UWG kann in diesem Zusammenhang nicht herangezogen werden, da diese Bestimmung für das Verhältnis zwischen Unternehmer und ehemaligen Beschäftigten nicht gilt ⁵⁾.

Auch ohne besondere gesetzliche Grundlage wird das Fortdauern einer abgeschwächten, zu Verschwiegenheit verpflichtenden Treupflicht von namhaften Autoren, wenn auch mit Zwei-

1) Bejahend WÜRDINGER in HGB-RGRK 2. Auflage Berlin 1953, § 74 HGB Anm. 3; verneinend HUECK - Nipperdey aaO., S. 225 (FN 27); RAGE 27, 241 ff (248).

2) Wie FN 1).

3) So unrichtig VOGEL aaO., BB 60, 135 ff (unter II) hinsichtlich anvertrauter Geheimnisse; vgl. auch SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 405.

4) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 17 UWG RN 22; GODIN-Hoth aaO., § 17 UWG Anm. 12 e.

5) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 18 UWG RN 2; RAGE 27, 246.

feln und Einschränkungen, bejaht, so etwa von SCHNORR VON CAROLSFELD ¹⁾ für Arbeitnehmer in besonderen Vertrauensstellungen. NIKISCH ²⁾ hält eine Verletzung der Treupflicht für möglich, wenn der Arbeitnehmer ohne berechtigtes Interesse Geheimnisse preisgibt, deren Wahrung für den früheren Arbeitgeber von besonderer Bedeutung ist. DIETZ ³⁾ und ihm folgend NIPPERDEY-Neumann ⁴⁾ unterscheiden zwischen frei verwertbaren Erfahrungen, die der Arbeitnehmer durch die Arbeit als solche erworben hat, und den weiterhin geheimzuhaltenden Kenntnissen über die besonderen Umstände des Betriebs des ehemaligen Arbeitgebers. Diese Unterscheidung wird jedoch mit Recht als kaum durchführbar angesehen ⁵⁾, wie ein Beispiel zeigt: Ein Ingenieur sieht sich an seiner neuen Arbeitsstelle einem technischen Problem gegenüber, von dem er weiß, daß es bei seinem früheren Arbeitgeber in dieser oder jener Weise gelöst worden ist. Da der frühere Arbeitgeber die Lösung erfolgreich geheimgehalten hat, gehört sie zu den Betriebsgeheimnissen, aber auch zu dem beruflichen Wissen des Ingenieurs, das dieser an sich frei verwerten dürfte. Sehr weitgehend hält NASTELSKI ⁶⁾ jede Verwertung eines Betriebsgeheimnisses durch ehemalige Arbeitnehmer grundsätzlich für rechtswidrig im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, soweit sie nicht gerechtfertigt ist.

1) aaO., Arbeitsrecht, S. 405.

2) aaO., Arbeitsrecht, S. 393.

3) DIETZ aaO., S. 337 ff.

4) in Staudinger-Nipperdey-Neumann aaO., § 611 BGB RN 164.

5) HUECK-Nipperdey aaO., S. 224 (besonders FN 25); NIKISCH, Arbeitsrecht aaO., S. 393; NASTELSKI aaO., GRUR 57, 1 ff (6).

6) aaO., GRUR 57, 1 ff (6 f).

Als Rechtfertigungsgrund anerkennt NASTELSKI das Streben des Arbeitnehmers nach beruflichem Fortkommen, soweit die Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls die Verwertung als rechtmäßig erscheinen läßt.

Gegen die Fortdauer einer Verschwiegenheitspflicht haben sich insbesondere HUECK ¹⁾ und die Rechtsprechung ²⁾ ausgesprochen. Nach der ständig gebrauchten Formel ist der Arbeitnehmer an der Verwertung redlich erlangten Wissens über Geheimnisse nicht gehindert, es sei denn, besondere Umstände ließen eine derartige Verfügung als sittenwidrig erscheinen. Der Einschränkung kommt hierbei aber praktisch keine Bedeutung zu; denn es ist, wie NASTELSKI und HEYDT ausführen, kein Fall bekannt geworden, wo derartige besondere Umstände als gegeben erachtet wurden ³⁾.

in Hueck-Nipperdey aaO., S. 224 (besonders FN 25), weitgehend in Übereinstimmung mit SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 405 und NIKISCH, Arbeitsrecht aaO., S. 393.

- 2) BGH GRUR 55, 424 ff (425 unter II, 1 - Möbelpaste); OLG Celle DB 60, 295; RGZ 166, 193 ff (198); RG JW 35, 1091 ff (1092); vgl. BAG AR-Blattei, Arbeitsvertrag X Entscheidung Nr. 1 mit zustimmender Anmerkung von MOLITOR; RAGE 27, 241 ff (247); ArbG Essen BB 60, 1245 (Nr. 2239); BGHZ 16, 172 ff (176; die dort ausgesprochene Beschränkung, nach der der Arbeitnehmer im Rahmen seines beruflichen Fortkommens Geheimnisse mitteilen dürfe, ist hier ohne Bedeutung; denn der Abgeworbene offenbart die Geheimnisse im Rahmen seines neuen Arbeitsverhältnisses, dessen günstige Bedingungen nicht zuletzt im Hinblick auf das Wissen des Arbeitnehmers gewährt worden sind).
- 3) NASTELSKI aaO., GRUR 57, 1 ff (5); HEYDT Das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis im Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, GRUR 39, 228 ff (234). Der BGH (NJW 55, 463) hat als Beispiel für einen solchen besonderen Fall angeführt, daß eine fristlose Kündigung gerade zu dem Zweck provoziert wird, die Geheimnisse vorzeitig verwerten zu können.

Zur Begründung dieser wohl als herrschend anzuspreekenden Meinung wird auf § 17 UWG verwiesen. Wenn der Gesetzgeber die strafrechtliche Geheimhaltungspflicht auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses beschränkt habe, so könne zivilrechtlich nichts anderes gelten ¹⁾. Dem Gesetzgeber habe ein Entwurf vorgelegen, der schärfere Geheimhaltungsvorschriften enthalten habe. Damals habe sich aber ein solcher Sturm der Ablehnung erhoben, daß man bewußt auf die Aufnahme dieser Bestimmungen in das Gesetz verzichtet habe ²⁾. Die Regelung des § 17 UWG verdiene überdies wegen der berechtigten Belange des Arbeitnehmers volle Billigung. Diesen Argumenten fügt HUECK ³⁾ hinzu: Nachwirkende Treupflichten seien nur dort anzuerkennen, wo sie sich nach allgemeiner Anschauung als selbstverständliche Folgerungen aus dem allgemeinen Treuegedanken ergäben. Hieran fehle es hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht. Ihre Fortdauer werde durch das Wirtschaftsleben nicht zwingend erfordert. Den gewichtigen Interessen des Arbeitgebers stünden wesentliche Interessen des Arbeitnehmers an seinem beruflichen Fortkommen, sowie der Allgemeinheit an der Ausbildung der Arbeitskräfte und der Ausbreitung technischer Fortschritte und guter Arbeitsmethoden gegenüber. Außerdem könne der Unternehmer wichtige Geheimnisse durch entsprechende Vereinbarung schützen. Sollte er hierfür dem Arbeitnehmer ein besonderes Entgelt bewilligen müssen, so wäre das nicht unbillig.

Diese Argumente sind überzeugend. Ihnen darf hinzugefügt werden, daß die nachwirkende Geheimhaltungspflicht sehr einseitig den Arbeitnehmer treffen würde. Eine ihr entsprechende Verpflichtung auf Seiten des Arbeitgebers ist nicht ersicht-

1) BGH NJW 55, 463 ff.

2) RGZ 65, 333 ff (337 f). Eine gedrängte Darstellung der Diskussion um die Begrenzung der Geheimhaltungspflicht findet sich bei NASTELSKI aaO., GRUR 57, 1 ff (unter III).

3) In Hueck-Nipperdey aaO., S.224, besonders FN 25). NASTELSKI aaO., GRUR 57, 1 ff, empfindet das Ergebnis der herrschenden Meinung als unbefriedigend.

lich. Der Arbeitnehmer müßte in vielen Situationen überlegen, ob er durch sein Handeln Geschäftsgeheimnisse kundgibt. Gegebenenfalls müßte er prüfen, ob dies in Wahrung berechtigter eigener Interessen erfolgen würde. Er liefе stets Gefahr, wegen einer unbedachten Äußerung ¹⁾ einer empfindlichen Haftung aus selbst länger zurückliegenden Arbeitsverhältnissen ausgesetzt zu sein. Der Ansicht von NASTELSKI ²⁾ im besonderen wäre noch entgegenzuhalten, daß die Verwertung von Erfahrungen durch Arbeitnehmer nach Ende der Dienstverhältnisse sozialadäquat ist. Es bedarf erst besonderer Umstände, den damit gegebenen Rechtfertigungsgrund auszuschließen.

Die Verschwiegenheitspflicht hinsichtlich redlich erlangter Kenntnisse über Geheimnisse überdauert somit das Arbeitsverhältnis grundsätzlich nicht. Fehlt es an einer vertraglich vereinbarten Fortdauer der Verschwiegenheitspflicht, kann die Frage nach der Zulässigkeit der Abwerbung zur Geheimniserforschung nicht auf das Problem der Verleitung zum Vertragsbruch zurückgeführt werden.

Zur Lösung des Problems kann aber auf die Grundsätze zurückgegriffen werden, die für die Beurteilung der Abwerbung zur Kundengewinnung maßgeblich waren. ³⁾

So stellt das RG darauf ab, ob sich der neue Arbeitgeber durch Ausforschung früherer Arbeitnehmer eines Konkurrenten dessen Herstellungsverfahren zu verschaffen suchte, um aufgrund der so erlangten Kenntnisse selbst einen gleichen Betrieb zu errichten und dem Konkurrenten Abbruch zu tun. Eine derartige Auswirkung des Bestrebens, den Konkurrenten mit dessen eigenen

1) Schon objektiv fahrlässige Rechtsgutsverletzungen verpflichten nach §§ 823 Abs. 1, 276 BGB zu Schadenersatz.

2) Vgl. oben, S. 123/124.

3) Vgl. oben, S. 111 ff (113 ff).

Waffen zu bekämpfen, erscheine sittenwidrig ¹⁾.

Das ist genau derselbe Gedanke, der die Rechtsprechung bei Beurteilung der Abwerbung zur Kundengewinnung bestimmt hat ²⁾. Dieser Erwägung kann in vollem Umfang gefolgt werden; denn in der Tat will der Abwerbende den Wettbewerb nicht mit einer eigenen, sondern mit einer Leistung des Wettbewerbers bestreiten. Das ist sittenwidrig ³⁾.

Dieses Ergebnis wird gestützt durch die Konsequenzen, die zu befürchten wären, wenn die Abwerbung zur Geheimniserlangung als zulässig anzusehen wäre ⁴⁾. Dann würde nämlich der Wert der Geheimnisse, nicht aber der Arbeitsleistung, das Lohnangebot an den Arbeitnehmer bestimmen. Das Bemühen um die Arbeitskräfte würde durch sachfremde Momente bestimmt. Der zu erwartende hemmungslose Arbeitsplatzwechsel der Spezialisten stünde zum Nachteil der gesamten Wirtschaft der Entstehung jedes Vertrauensverhältnisses zwischen Unternehmer und Mitarbeiter entgegen. Ein von Mißtrauen erfülltes Spannungsverhältnis wäre die Folge.

d) Abwerbung zur Geheimniserforschung und das
Recht am Unternehmen.

Bereits früher wurde dargelegt, daß Unternehmensgeheimnisse gegen unbefugte Kenntniserlangung und Verwertung nach § 823 Abs. 1 BGB geschützt sind ⁵⁾. Das Wirtschaftsleben bringt

1) RG GRUR 37, 559 ff (561); ebenso RG GRUR 39, 308 ff (313).

2) Vgl. oben, S. 108, 114.

3) Vgl. oben, S. 114.

4) Vgl. oben, S. 114 f.

5) Vgl. oben, S. 33, 40.

es unvermeidlich mit sich, daß Arbeitnehmer nach Stellungswechsel bewußt oder unbewußt Unternehmensgeheimnisse ihrer früheren Arbeitgeber offenbaren und verwerten. Wo aber das Hinwirken Dritter hierauf sittenwidrig ist, kann es nicht rechtmäßig im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sein ¹⁾.

e) Abgrenzung.

Die Ausführungen zur Frage der Zulässigkeit der Abwerbung zur Geheimniserforschung dürfen nicht dahin verstanden werden, daß es unzulässig sei, an einen mit Geheimnissen vertrauten Spezialisten überhaupt ein Stellenangebot heranzutragen. Die Grenze zum Unlauteren wird erst dort überschritten, wo die Abwerbung nicht mehr dem Arbeitnehmer als hochqualifizierter Kraft, sondern als Träger des Geheimnisses eines Wettbewerbers gilt ²⁾; denn nur dann prägt die unlautere Zielsetzung, an deren Beweis strenge Maßstäbe zu legen sind, die Gesamtinteressenlage.

III.) Abwerbung zur Behinderung.

Nunmehr sind Fälle zu untersuchen, in denen die Abwerbung zwar nicht der Ausbeutung, etwa der Kundengewinnung oder der Geheimniserforschung dienen soll, in denen es aber dem Abwerbenden darum geht, durch Entziehung von Arbeitskräften die Wettbewerbsfähigkeit eines Konkurrenten zu beeinträchtigen, diesen zu behindern.

Wann eine derartige Zielsetzung anzunehmen ist, ist Tatfrage. Ihre Bejahung liegt nahe, wenn einem Konkurrenten wichtige

1) Vgl. SCHIPPEL aaO., S. 78; NASTELSKI aaO., GRUR 57, 1 ff (6 f).

2) GÜTEBIER aaO., GRUR 38, 954 ff (963).

Schlüsselkräfte abgeworben werden, für die der Abwerbende keine entsprechende Beschäftigung hat, oder wenn ohne ausreichenden Anlaß einem bestimmten Unternehmen schlagartig sehr viele Arbeitnehmer abspenstig gemacht werden, oder wenn die Abwerbung ohne Rücksicht auf die Lage auf dem Arbeitsmarkt gerade den Mitarbeitern eines bestimmten Konkurrenzunternehmens gilt.

Interesse an derartiger Behinderung eines Gewerbetreibenden haben wohl nur Wettbewerber im Sinne des § 1 UWG. Damit kann die rechtliche Würdigung an das Leistungsprinzip anknüpfen ¹⁾. Unter diesem Blickpunkt ergibt sich, daß der Abwerbende eine Verbesserung seiner Wettbewerbslage nicht durch Mittel anstrebt, die den Kunden bei freier Willensbildung zu einer Entscheidung für die Leistung des Abwerbenden veranlassen sollen; der Abwerbende will vielmehr erreichen, daß der Wettbewerber nicht mehr anbieten und der Kunde nicht mehr wählen kann. Darin liegt ein grober Verstoß gegen das Leistungsprinzip. Irgendwelche Gründe, die die hiermit indizierte Sittenwidrigkeit auszuschließen vermöchten, sind nicht ersichtlich. Die Abwägung der Interessen, der das Leistungsprinzip Rechnung trägt, bietet somit das Bild des Sittenwidrigen ²⁾.

Unter entsprechenden Voraussetzungen kann diese Form der Abwerbung auch das Recht am Unternehmen berühren. Aus bereits wiederholt genannten Gründen wäre die Beeinträchtigung rechts-

1) Vgl. oben, S. 111 ff.

2) Baumbach-HEFERMEHL aaO., § 1 UWG RN 239 und 103; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 146, vgl. auch RN 144; HANS aaO., S. 65 und 67 f; ZITZLAFF aaO., BB 51, 674 ff (unter I 1 f); VOGEL aaO., BB 60, 135 ff (136 unter III); Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 32 f; vgl. RGZ 149, 114 ff; RG GRUR 34, 608 ff mit Anm. v. GODIN in JW 34, 2137 ff; RG GRUR 38, 137 ff (139).

widrig im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB ¹⁾).

D) Unbeabsichtigte Wirkungen der Abwerbung.

Abwerbungsaktionen können auch außerhalb eines Wettbewerbsverhältnisses und ohne wettbewerbliche Motive der Ausbeutung und Behinderung zu zwar unbeabsichtigten aber dennoch empfindlichen Beeinträchtigungen des betroffenen Unternehmens führen. Im Extremfall kann sogar die Stilllegung eines Unternehmens die Folge sein, wenn besonders viele Arbeitnehmer erfaßt werden. Man denke vor allem an Fälle, in denen sich ein leistungsfähiges Unternehmen, etwa der Büromaschinenindustrie, an einem Ort ansiedelt oder erheblich erweitert, an dem nur ein anderer Betrieb, etwa der Fahrzeugbranche, über geeignete Mechaniker oder sonstige Fachkräfte verfügt. Solche Fälle ereignen sich ziemlich häufig, da immer mehr Unternehmen dem Arbeitskräftemangel in den Ballungszentren der Industrie durch Errichtung von Zweigwerken in abgelegenen Orten zu begegnen suchen.

Es liegt nahe, bei der Lösung des gestellten Problems zu unterscheiden, ob die Bemühungen zum Abschluß neuer Arbeitsverhältnisse vom Arbeitgeber oder vom Arbeitnehmer ausgehen. Man könnte es für unbedenklich halten, daß solche Arbeitnehmer eingestellt werden, die von sich aus um eine Einstellung nachsuchen; der Einstellende mache in diesem Fall nur von einer sich ihm bietenden Möglichkeit Gebrauch. Ergreife aber der

1) Vgl. oben, S. 116, 128.

Vgl. den Sachverhalt, der RG GRUR 36, 994 zugrunde lag. In dem dort entschiedenen Fall erfaßte die gezielte Abwerbung 30 bis 50 von etwa 200 Mitarbeitern, darunter zahlreiche Spitzenkräfte. Das RG gab der Klage aus § 1 UWG, § 826 BGB statt. Auf § 823 Abs. 1 BGB einzugehen, sah das Gericht keinen Anlaß.

Arbeitgeber die Initiative und bemühe dieser sich um die Arbeitnehmer, so erscheine sein Verhalten als planmäßig und bedenklich ¹⁾.

Folgt man dieser Auffassung, so wäre es erheblich, ob sich der Arbeitnehmer aufgrund von Zeitungsannoncen und Flugblättern oder allein aufgrund der im Ort allgemein bekannten Arbeitsbedingungen und der offensichtlichen Bereitschaft zu Einstellungen bewirbt. Daß die Einstellung im einen Fall rechtmäßig, im anderen dagegen rechtswidrig sein soll, vermag nicht einzuleuchten. Diese Unterscheidung ist vielmehr nach den bereits früher erörterten Grundsätzen über die Bedeutung der Initiative bei der Abwerbung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung abzulehnen ²⁾.

Auch gegen die Verwendung des Kriteriums der Planmäßigkeit bestehen durchgreifende Bedenken, da es wertneutral ist ³⁾. Es bedarf wiederum einer eigenständigen Interessenabwägung.

In Abwägung der entgegengesetzten Interessen der Arbeitgeber ist davon auszugehen, daß das Streben nach Erhaltung bzw. Gewinnung von Arbeitnehmern grundsätzlich gleichermaßen schutzwürdig ist. Im wirtschaftlichen Verkehr kann kein Unternehmer verlangen, daß ein anderer gleichermaßen berechnete Belange zurückstellt.

Zu erwägen ist lediglich, ob nicht wenigstens dort eine Grenze liegt, wo es um die Existenz, um den Bestand eines anderen Unternehmens geht. Sollte diese Frage zu verneinen sein, wäre weiter zu fragen, ob der Angreifer nicht zumindest alle zumutbaren anderweitigen Möglichkeiten ausgeschöpft haben muß, bevor er in den Bestand eines anderen Unternehmens eingreift.

1) So BUSSMANN-Droste aaO., S. 132.

2) Vgl. oben, S. 99 f; RG GRUR 36, 994 ff (995/996); GRUR 36, 504 ff (509);

3) Vgl. oben, S. 105.

Das erste Problem, das man nach der bekannten Schrift von NIPPERDEY mit "Wettbewerb und Existenzvernichtung" bezeichnen kann ¹⁾, hat seine allgemein anerkannte Lösung dahin gefunden, daß lauterer wirtschaftliches Streben auch zur Vernichtung eines weniger leistungsfähigen Konkurrenten führen darf. Das liegt im Wesen des freien Wettbewerbs begründet, dem entsprechend seiner Auslesefunktion die Ausschaltung schwächerer Wettbewerber eigentümlich ist ²⁾.

Das Prinzip der größtmöglichen Schonung gilt für derartige, im Wesen des Wirtschaftslebens begründete Vorgänge nicht. So kann die Ansiedlung eines leistungsstarken Kaufhausbetriebes nicht allein deshalb als unlauter bezeichnet werden, weil die Existenz unwirtschaftlicherer Kleinbetriebe gefährdet werde.

Zu diesem Ergebnis muß man auch mit Rücksicht auf die Interessen der Arbeitnehmer gelangen. Ein Blick auf die tatsächlichen Gegebenheiten läßt erkennen, daß ohne Anwendung sachfremder Abwerbungsmethoden, wie sie schon gewürdigt wurden ³⁾, ein Überwechseln von Arbeitnehmern in bedeutendem Umfang nur aus triftigen Gründen erfolgen wird, insbesondere dann, wenn die Arbeitsbedingungen beim einstellenden Arbeitgeber besser sind. Jede Beschränkung, die dem Einstellenden mit Rücksicht auf die Belange anderer Unternehmer auferlegt würde, müßte zu einer Beschneidung berechtigter Belange der Arbeitnehmer führen. Dem einzelnen Arbeitnehmer gegenüber wäre es nicht zu rechtfertigen, daß beispielsweise fünfzehn seiner Kollegen

1) NIPPERDEY, Wettbewerb und Existenzvernichtung, Berlin-Köln 1930. Zum Begriff Wettbewerb: In Bezug auf die Abwerbung darf der Begriff untechnisch, also nicht im Sinne des UWG, gebraucht werden. Er bedeutet lediglich wirtschaftliches Streben.

2) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Allgemeine Grundlagen, RN 15 und 16; SCHIPPEL aaO., S. 82 unter Berufung auf NIPPERDEY wie FN 1).

3) Oben, S. 88 ff.

eingestellt und in den Genuß der besseren Arbeitsbedingungen gelangen dürften, er aber nicht. Außerdem wäre es kaum möglich, eine Grenze zu ziehen, bis zu der noch abgeworben werden dürfte.

Die die Existenz des Betroffenen bedrohende Abwerbung besonders vieler Arbeitnehmer für sich genommen ist nicht zu beanstanden.

Ähnliche Auswirkungen wie die Abwerbung zahlreicher Arbeitnehmer kann die Abwerbung eines einzigen, dafür besonders wertvollen, unersetzlichen Arbeitnehmers haben ¹⁾. Die Würdigung der Interessenlage führt zu keinen anderen Ergebnissen. Die Abwerbung ist auch in diesem Fall zulässig, wenn keine wettbewerbsfremden Ziele verfolgt werden. Dieses auch von HANS ²⁾ pointiert vertretene Ergebnis widerspricht zumindest nicht der herrschenden Meinung, wie HANS unter Berufung auf verschiedene Literaturstellen ³⁾ glaubt. HANS meint, nach herrschender Meinung könne die Abwerbung besonders wertvoller, nahezu unersetzlicher Kräfte schon dann sittenwidrig sein, wenn keine mißbilligenswerten Zwecke verfolgt werden. Darin liegt ein Mißverständnis, wie die nähere Betrachtung der angezogenen Zitate ergibt.

In der Entscheidung des RG ⁴⁾ ist ausgeführt: Schon der erfolglose Versuch zur Gewinnung eines einzigen wertvollen, besonders gut eingearbeiteten Angestellten könne sittenwidrig

1) Schon die Abwerbung eines einzigen Star-Schauspielers kann zur Folge haben, daß ein Film nicht gedreht werden kann. Über einen derartigen Prozeß berichtete die Hamburger Tageszeitung "Die Welt" am 15.2.58. Nach dieser Notiz klagte eine Filmgesellschaft gegen eine andere auf Schadenersatz in Höhe von 1.149.000.- DM wegen Abwerbung des Schlagersängers Vico Torriani. Die Klage wurde abgewiesen.

2) aaO., S. 65.

3) RGZ 149, 114 ff (118); GOERKE aaO., WRP 55, 13; ZITZLAFF aaO., BB 51, 675; BAUMBACH-HEFERMEHL aaO., jedoch 7. Auflage § 1 UWG RN 195.

4) RGZ 149, 114 ff.

sein, wenn es sich um planmäßiges Vorgehen handle oder wenn die angewandten Mittel oder die verfolgten Zwecke der Handlungsweise das Kennzeichen der Sittenwidrigkeit aufprägen. Die Entscheidung betraf einen Fall, in dem ein Versicherer interne Schwierigkeiten einer Konkurrenzgesellschaft zu einem Einbruch in deren Kundenkreis ausnutzen wollte. Diesem Zweck sollte die Abwerbung möglichst vieler Bezirksvertreter dienen. Sie hatte nur in einem Fall Erfolg. Die Entscheidung hatte es offensichtlich mit Abwerbung zu wettbewerbsfremden Zielen zu tun. Sie kann daher nicht so verstanden werden, wie HANS es getan hat.

Das RG hatte sich schon früher einmal mit der Abwerbung eines für die damalige Zeit seltenen Spezialisten zu befassen ¹⁾. Das Gericht untersuchte lediglich, ob sittenwidrige Abwerbung durch Verleitung zum Vertragsbruch vorgelegen habe. Dies verneinte es. Auf den Gesichtspunkt der Abwerbung eines besonders wertvollen Arbeitnehmers als eigenes Kriterium ging das Gericht überhaupt nicht ein.

Bei GOERKE und ZITZLAFF wird lediglich auf die Entscheidung des RG hingewiesen ²⁾.

Bei Baumbach-Hefermehl ³⁾ wird wiederum unter Bezugnahme auf die soeben zitierte Entscheidung des RG bejaht, daß die Abwerbung eines einzigen wertvollen Angestellten planmäßig und damit sittenwidrig sein könne, wenn es sich um einen unersetzlichen oder nur schwer ersetzbaren Spezialisten handle. In der neuen Auflage dieses Werkes ⁴⁾ ist diese Entscheidung

1) MuW 34, 63

2) RGZ 149, 114 ff.

3) aaO., 7. Auflage § 1 UWG RN 195.

4) Baumbach-HEFERMEHL aaO., 8. Auflage § 1 UWG RN 239.

mit gleicher Bemerkung als Beispiel für "planmäßiges Ausspannen zum Zweck der Behinderung oder Ausbeutung des Mitbewerbers angeführt". Es kann daher auch nicht angenommen werden, daß HEFERMEHL eine andere Meinung vertritt als HANS und der Verfasser.

Im übrigen kann aber von einer herrschenden Meinung zu dem hier erörterten Problem nicht gesprochen werden, da das Schrifttum sich, soweit ersichtlich, stets mit Fällen befaßt hat, in denen Wettbewerbsverhältnisse im Sinne des § 1 UWG zwischen den beteiligten Arbeitgebern bestanden und wettbewerbsfremde Ziele verfolgt wurden.

F ü n f t e s K a p i t e l

I n h a l t d e r A n s p r ü c h e a u s r e c h t s w i d r i g e r A b w e r b u n g

In den vorstehenden Kapiteln wurde versucht aufzuzeigen, wann Abwerbung Ansprüche nach den Generalklauseln begründen kann. Nunmehr ist zu fragen, welche Ziele der betroffene Arbeitgeber mit Hilfe dieser Ansprüche verfolgen kann.

A) Ziele und Ansprüche im Überblick.

Dem betroffenen Arbeitgeber ist in erster Linie daran gelegen, den abgeworbenen Mitarbeiter zurückzugewinnen. Dieses Interesse ist aber gemäß § 888 Abs. 2 ZPO zumindest nicht durchsetzbar. Dem Arbeitgeber geht es weiter darum, gegenwärtige Abwerbungsaktionen unterbinden und drohenden vorbeugen zu können. Sein Streben ist ferner auf Schadenersatz gerichtet. Schließlich gilt es zu verhindern, daß der Abwerbende aus seiner rechtswidrigen Handlungsweise Nutzen zieht.

Zur Verfolgung dieser Interessen stehen Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche zur Verfügung. Der Unterlassungsanspruch ist zwar ausdrücklich nur in § 1 UWG genannt. Nach ganz allgemeiner Meinung können aber alle gesetzlich geschützten Rechtsgüter, somit auch die der §§ 823 Abs. 1, 826 BGB, gegen Eingriffe durch Unterlassungsklage geschützt werden ¹⁾.

1) Enneccerus-LEHMANN aaO., § 252 I 3 (S. 1010);
LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II (Besonderer Teil), 3. Auflage München-Berlin 1959, § 70 I (S.404);
vgl. HAAGER in BGB-RGRK aaO., Anm. 73 ff vor § 823 BGB;
Palandt-GRAMM aaO., Anm. 8 der Einführung vor § 823 BGB.

Wegen der Gleichheit der Ergebnisse kann dahinstehen, ob dieser Anspruch seine Begründung in Rechts- oder Gesetzesanalogie zu §§ 12, 862, 1004 BGB und anderen Bestimmungen oder in Gewohnheitsrecht findet. Auch die zögernde historische Entwicklung des allgemeinen Unterlassungsanspruchs ist hier ohne Bedeutung.

Der Unterlassungsanspruch ist einmal auf Abwehr erstmalig oder wiederholt drohender rechtswidriger Beeinträchtigungen gerichtet. Dann ermöglicht er, das ist ein Gebot der Gerechtigkeit, die Beseitigung fortwirkender Störungsquellen ¹⁾. Das läßt sich aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB begründen ²⁾; man kann aber auch folgern, daß derjenige eine rechtswidrige Störungshandlung begehe, der einen von ihm geschaffenen Störungszustand trotz Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun nicht beseitigt ³⁾.

Dieser Beseitigungsanspruch setzt, da er seinem Wesen nach ein Unterlassungsanspruch ist, nur objektiv rechtswidrige Eingriffe, also kein Verschulden, voraus.

Im Wege des Beseitigungsanspruchs kann aber nicht die Wiederherstellung des Zustandes verlangt werden, der ohne das den Anspruch auslösende Ereignis bestanden haben würde. Darin ist er scharf zu unterscheiden von dem weitergehenden, dafür an strengere Voraussetzungen geknüpften Schadenersatzanspruch ⁴⁾.

-
- 1) Enneccerus-LEHMANN aaO., § 252 II (S. 1011 ff); dieser Anspruch wurde früher als Schadenersatzanspruch angesehen und an dessen Voraussetzungen geknüpft.
 - 2) HAAGER in BGB-RGRK aaO., Anm. 85 vor § 823 BGB mit zahlreichen Zitaten aus der Rechtsprechung; Palandt-GRAMM aaO., Anm. 9 der Einführung vor § 823 BGB; BGH NJW 58, 1043.
 - 3) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 161.
 - 4) Baumbach-HEFERMEHL aaO., Einleitung zum UWG RN 162.

Mit Hilfe des letzteren lassen sich, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, alle Ziele verwirklichen, die durch den Unterlassungsanspruch in der Form des Beseitigungsanspruchs erreicht werden können. Das gilt aber nicht umgekehrt.

Für den Schadenersatzanspruch gelten die allgemeinen Regeln der §§ 249 ff BGB. Danach haftet der Verletzer für alle Schäden, für die sein Handeln adäquat kausal ist. Für die Ermittlung der Schadenshöhe ist § 287 ZPO bedeutsam. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheiden.

Hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen darf auf frühere Ausführungen Bezug genommen werden ¹⁾.

B) Unterbindung und Verhütung von Abwerbungsmaßnahmen.

I.) Der Anspruch.

Steht zu erwarten, daß eine Abwerbung unter Umständen vorgenommen werden soll, die in den vorstehenden Kapiteln als rechtswidrig gekennzeichnet worden sind, oder haben derartige Abwerbungsmaßnahmen schon begonnen, so kann dem mit Hilfe des Unterlassungsanspruchs entgegengetreten werden ²⁾. Die Zwangsvollstreckung eines entsprechenden Urteils richtet sich nach § 890 ZPO.

Wann im Einzelfall eine rechtswidrige Abwerbung bevorsteht oder schon begonnen hat, ist Tatfrage. Sie kann zu bejahen

1) Vgl. oben, S. 21 ff, 46.

2) GRUB, Abwerbung von Arbeitskräften, Übersicht in AR-Blattei (C III 2); GUMPERT aaO., BB 55, 964 (unter D II); GÜTEBIER aaO., GRUR 38, 954 ff (956); HANS aaO., S. 75.

sein, wenn der Abwerbende langfristig gebundene Mitarbeiter bestürmt, baldigst zu ihm überzuwechseln, "für die Folgen werde er schon aufkommen". Sie kann weiter zu bejahen sein, wenn dem gesamten Verkaufspersonal eines Betriebes Stellenangebote eines Konkurrenten unterbreitet werden.

II.) Besondere praktische Schwierigkeiten.

Besondere praktische Schwierigkeiten bereitet die Fassung des Klageantrags und des Tenors einer stattgebenden Entscheidung. Sie ergeben sich daraus, daß einerseits die Abwerbung materiellrechtlich nicht schlechthin verboten werden kann, da sie weitgehend zulässig ist, daß andererseits das Urteil bestimmt und vollstreckbar sein muß ¹⁾. Insbesondere darf es nicht der Vollstreckungsinstanz überlassen bleiben, zu entscheiden, welche Handlungsweise verboten sein soll. Schon das Urteil muß klar erkennen lassen, welche Merkmale der Abwerbende nicht verwirklichen darf.

Die Rechtsprechung sündigt oft gegen dieses Gebot. So ist verboten worden die Abwerbung schlechthin ²⁾, planmäßige Abwerbung ³⁾ oder eine solche durch Versprechungen, durch Verleitung zum Vertragsbruch oder durch sonstige "unlautere und sittenwidrige Mittel" ⁴⁾.

Es ist offensichtlich, daß diese Entscheidungen weitgehend nicht vollstreckbar sind oder über das Ziel hinausschießen.

1) Vgl. TETZNER aaO., Vorbemerkung 36 mit zahlreichen weiteren Zitaten.

2) LG Arnberg, Der Arbeitgeber 56, 450; OLG Jena JW 29, 1807 (mit Anm. von KOHLMANN); vgl. auch OLG Hamburg MuW 25/26, 183.

3) LG Arnberg, wiedergegeben in Anm. zu Nr. 61 BB 56, 42.

4) LG in der Wiedergabe durch OLG Hamburg WRP 55, 133; RG MuW 40, 67.

Es ist zuzugeben, daß weit gefaßte Verbote im Interesse der Schlagkraft der Entscheidungen liegen; denn es ist mißlich, wenn gegen jede im Urteil nicht aufgeführte und beschriebene Variante, die sich der Abwerbende ausdenkt, erneut im Klagewege vorgegangen werden muß. Diese Erwägung kann jedoch allenfalls bei einstweiligen Verfügungen, die ihrer Natur nach nur eine vorläufige Regelung treffen sollen, die Kluft zur materiellen Rechtslage überbrücken. In Hauptsacheurteilen lassen sich generelle Abwerbungsverbote nur unter dem Gesichtspunkt rechtfertigen, daß man unterstellt, jede künftige Abwerbungshandlung, so harmlos sie an sich auch sein mag, sei Teil eines einheitlichen Gesamtvorhabens, dessen Sittenwidrigkeit durch den die Unterlassungsklage auslösenden Vorgang unwiderleglich dargetan sei ¹⁾. Diese Überlegung könnte aber nur zeitlich befristete generelle Abwerbungsverbote als gerechtfertigt erscheinen lassen. Abwerbung schlechthin kann nicht für alle Zeiten verboten werden.

C) Beschäftigungs- und Verwertungsverbote.

I.) Beschäftigungsverbot.

Der Arbeitsvertrag zwischen dem rechtswidrig abgeworbenen Arbeitnehmer und dem abwerbenden Arbeitgeber ist regelmäßig wirksam ²⁾. Der ehemalige Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer nicht zur Rückkehr an seinen früheren Arbeitsplatz zwingen (§ 888 Abs. 2 ZPO). Fraglich ist, ob wenigstens eine Tätigkeit des Abgeworbenen für den Abwerbenden verhindert werden kann.

1) Vgl. RG MuW 40, 67 f (68).

2) OLG Celle DB 60, 295; JAERISCH aaO., Neue Wirtschaftsbriefe Fach 26, S. 317; vgl. OLG HAMM, VersR 59, 745 (hier ist allgemein ausgesprochen, daß gegen § 1 UWG verstoßende Verträge nicht ohne weiteres nichtig sind).

1.) Im Wege des Schadenersatzanspruchs.

a) Die Voraussetzungen.

Vielfach wird im Schrifttum ¹⁾ ohne weitere Begründung die Meinung vertreten, der geschädigte Arbeitgeber könne im Wege des Schadenersatzanspruches verlangen, daß sich der Abwerber der durch die rechtswidrige Abwerbung erlangten Vorteile enthalte. Aus diesem Grundsatz wird dann die Möglichkeit hergeleitet, dem Abwerber eine Beschäftigung des Abgeworbenen in vollstreckbarer Form (§ 890 ZPO) zu untersagen.

Der Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist bedenklich. Im Wege des Schadenersatzanspruchs kann nach § 249 BGB verlangt werden, daß der Geschädigte so gestellt wird, wie er ohne das schädigende Ereignis gestanden haben würde. Es sind also die dem Geschädigten entstandenen Nachteile auszugleichen; nicht aber ist der Schadenersatzanspruch auf die dem Schädiger erwachsenen Vorteile gerichtet. Daraus folgt, daß der Geschädigte nur insoweit verlangen kann, daß sich der Schädiger des Nutzens aus rechtswidriger Handlungsweise enthalte, als diesem auf Seiten des Geschädigten ein Nachteil entspricht. Häufig werden sich Vorteil und Nachteil decken. Wird beispielsweise eine Sache weggenommen, so steht dem Besitzverlust auf Seiten des Geschädigten die Besitzerlangung auf Seiten des Schädigers gegenüber. Der Schadenersatzanspruch nach §§ 823 Abs. 1, 249 BGB ist auf Ausgleich des Besitzverlustes durch

1) GÜTEBIER aaO., GRUR 38, 954 ff (955); HANS aaO., S. 75; CALLMANN aaO., § 1 UWG RN 92; REIMER aaO., S. 519 (Kap. 76 RN 6; REIMER gebraucht eine sehr allgemeine Formulierung; ZITZLAFF aaO., BB 51, 674 ff (unter II.)); Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 33 (für die Fälle der Abwerbung unter Verleitung zum Vertragsbruch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist); RG GRUR 34, 608 ff (615); OLG Celle DB 60, 295; vgl. auch RGZ 81, 86 ff (92).

Rückgabe der Sache und damit indirekt, gleichsam zufällig, auch auf Herausgabe des dem Schädiger erwachsenen Vorteils, des Besitzes an der Sache, gerichtet. Das muß aber nicht immer so sein. So kann nach § 888 Abs. 2 ZPO die "Rückgabe" des abgeworbenen Arbeitnehmers im Ergebnis nicht verlangt werden. Das Beschäftigungsverbot würde deshalb in vielen Fällen den Schaden des früheren Arbeitgebers weder ausgleichen noch mindern. Das Verbot hätte in solchen Fällen nur Strafcharakter. Das ist aber nicht Sinn des Schadenersatzanspruchs¹⁾.

Ein Beschäftigungsverbot kann demnach nur dort in Frage kommen, wo die Tätigkeit des Abgeworbenen für den neuen Arbeitgeber dem früheren einen Schaden verursacht, der verschieden ist von dem, den das Ausscheiden des Arbeitnehmers als solches mit sich bringt. Mit anderen Worten setzt also der Ausspruch eines Beschäftigungsverbotes voraus, daß es hinsichtlich des dem früheren Arbeitgeber entstehenden Schadens einen Unterschied macht, ob der Arbeitnehmer bei dem Abwerbenden tätig wird, für einen Dritten arbeitet oder seine Hände in den Schoß legt²⁾. Ein Beschäftigungsverbot kommt daher insbesondere in Fällen in Betracht, in denen die Tätigkeit des Arbeitnehmers den Verlust von Kunden oder Unternehmensgeheimnissen befürchten läßt.

b) Umfang des Beschäftigungsverbotes.

Selbst in den Fällen, in denen ein Beschäftigungsverbot grundsätzlich möglich ist, kann es nur solche Beschränkungen zum

1) LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts Band I, 4. Auflage München und Berlin 1960, S. 125.

2) So auch GRUB, Abwerbung von Arbeitskräften, Übersicht C III 1 b in AR-Blattei, der allerdings Ausnahmen macht und bei Abwerbung unter Vertragsbruch des Arbeitnehmers für die Restdauer des gebrochenen Vertrages generell ein Beschäftigungsverbot für zulässig zu erachten scheint. Ebenso Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 33.

Gegenstand haben, die zur Abwendung der dem betroffenen Arbeitgeber drohenden Nachteile notwendig sind.

Das bedeutet, daß die Entlassung eines Arbeitnehmers nicht gefordert werden kann; denn der Schaden kann nicht durch das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, sondern nur durch eine Tätigkeit des Arbeitnehmers für den neuen Arbeitgeber verursacht werden. Das Entlassungsgebot geht über den Rahmen der Schadensverhütung bzw. der Wiederherstellung hinaus ¹⁾.

Das bedeutet weiter, daß ein allgemeines Beschäftigungsverbot unzulässig ist, wo bereits mit einem örtlich oder sachlich beschränkten dem drohenden Schaden begegnet werden kann ²⁾. Wird beispielsweise ein Kaufmann abgeworben, so wird es regelmäßig genügen, seine Beschäftigung im bisherigen Wirkungskreis zu untersagen ³⁾. Damit wäre erreicht, daß der Abgeworbene nicht mehr an die Kunden seines früheren Arbeitgebers herantreten und dessen Schaden dadurch erhöhen kann. Es ist allerdings unvermeidlich, daß ein solches Verbot innerhalb seines Geltungsbereiches auch den Verkehr mit solchen Kunden erfaßt, die nicht Kunden des früheren Arbeitgebers waren ⁴⁾. Ähnlich wird es genügen, einen wichtigen Entwicklungsingenieur lediglich vom Einsatz in der Entwicklung auszuschließen, wenn eine Tätigkeit in Vertrieb oder Fertigung

1) RG GRUR 34, 608 ff (615); OLG Celle DB 60, 295; JAERISCH aaO., Neue Wirtschaftsbriefe Fach 26, S. 317; SPENGLER, Wettbewerb in Blattei Handbuch der Rechts- und Wirtschaftspraxis Gruppe 4, S. 18; TETZNER aaO., § 1 UWG RN 147; Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 37.

2) GRUB wie S. 142, FN 2).

3) GÜTEBIER, aaO., GRUR 38, 954 ff (955); vgl. REIMER aaO., S. 519; RG GRUR 34, 608 ff (615); LG in der Wiedergabe durch OLG Hamburg WRP 55, 133.

4) RG GRUR 34, 608 ff (615).

den früheren Arbeitgeber nicht schädigt. Welche Möglichkeiten bestehen, die Befolgung eines solchen beschränkten Verbotes zu überwachen, ist eine hier nicht zu untersuchende Frage tatsächlicher Art.

c) Die Dauer des Beschäftigungsverbotes.

Das Beschäftigungsverbot soll der Abwendung von Schäden dienen. Diese Zielsetzung bestimmt den Zeitraum, für den es ausgesprochen werden kann. Es darf nur solange gelten, als sich die untersagte Tätigkeit schädlich für den früheren Arbeitgeber auswirken würde. Soll das Beschäftigungsverbot Beziehungen des geschädigten Arbeitgebers zu Kunden schützen, so muß es enden mit dem Zeitpunkt, zu dem anzunehmen ist, daß sich die Beziehungen des Arbeitnehmers zu diesen Kunden gelockert haben und der frühere Arbeitgeber die Kunden durch eine Ersatzkraft wieder "fest in der Hand" hat. Dient das Beschäftigungsverbot dem Schutz von Unternehmensgeheimnissen, so muß es außer Kraft treten, wenn diese durch den technischen Fortschritt oder durch anderweites Offenkundigwerden ihre Bedeutung verloren haben. Schließlich können Verwertungsverbote ¹⁾ ein Beschäftigungsverbot überflüssig machen.

Der durch Überlegungen dieser Art zu ermittelnde Endzeitpunkt für Beschäftigungsverbote kann nicht abstrakt bestimmt werden ²⁾. Es bedarf einer Heranziehung des § 242 BGB unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles ³⁾. In Anlehnung an

1) Vgl. unten, S.152.

2) Vgl. Enneccerus-LEHMANN aaO., § 15 II (S. 64).

3) Vgl. Palandt-DANCKELMANN, Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Auflage München und Berlin 1960, § 242 BGB Anm. 4 c.

die gesetzliche Regelung des § 74 a Abs. 1 Satz 3 HGB ¹⁾ und eine Entscheidung des RG ²⁾ sei als ungefährer und unverbindlicher Anhaltspunkt ein Zeitraum von ein bis zwei Jahren genannt ³⁾.

- d) Die Bedeutung der hypothetischen Schadensursache "rechtmäßiger Arbeitsplatzwechsel".

Der rechtmäßige, das heißt die Kündigungsfrist wahrende und nicht auf rechtswidriger Abwerbung beruhende Arbeitsplatzwechsel eines Arbeitnehmers verursacht dem bisherigen Arbeitgeber oft gleiche schwere Nachteile wie rechtswidriger Arbeitsplatzwechsel. Dennoch erwachsen dem Arbeitgeber keine Ansprüche gegen den Arbeitnehmer oder dessen neuen Arbeitgeber. Das veranlaßt folgende Erwägung: Durch den rechtswidrigen Arbeitsplatzwechsel ⁴⁾ habe der Arbeitnehmer bewiesen, daß er in jedem Falle das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber lösen wollte. Als adäquat-kausal verursachte Schadensfolgen der Abwerbung könnten daher nur solche Nachteile angesehen werden, die bis zu dem Zeitpunkt entstehen, zu dem angenommen werden müsse, daß der Arbeitnehmer seinen Entschluß

1) Nach dieser Bestimmung darf das vertragliche Wettbewerbsverbot den Handlungsgehilfen nicht länger als zwei Jahre nach Ende des Arbeitsverhältnisses binden.

2) RG GRUR 34, 608 ff (615).

3) Das OLG Stuttgart hielt unter Billigung des BGH (NJW 61, 1308 ff/1309 unter 3 a) ein Beschäftigungsverbot von einem Jahr Dauer zum Ausgleich der wettbewerbliehen Nachteile für erforderlich.

In den Entscheidungen des RG (MuW 40, 67 f) und des LG Arnsberg (Der Arbeitgeber 56, 450) ist es den Beklagten ohne Befristung verboten worden, bei den Klägern t ä t i g e Arbeitnehmer zu beschäftigen. Diese Urteile verbieten insoweit wohl Doppelbeschäftigungen. Sie gehören daher nicht in den hier erörterten Zusammenhang.

4) Hierunter sei der aufgrund rechtswidriger Abwerbung erfolgende Arbeitsplatzwechsel verstanden.

auch ohne rechtswidrige Abwerbung verwirklicht hätte. Die nach diesem Zeitpunkt erwachsenden Schäden wären ohnehin eingetreten.

Beruhe die Rechtswidrigkeit der Abwerbung darauf, daß der Abwerbende den Arbeitnehmer zu vertragswidrigem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis verleitet habe, so könne eine Beschäftigung demnach nur bis zum Ablauf der spätestens durch den Vertragsbruch in Gang gesetzten Kündigungsfrist verboten werden.

Ergebe sich die Rechtswidrigkeit der Abwerbung aus anderen Gründen, so dürfe ein Beschäftigungsverbot nur solange gelten, als nicht angenommen werden könne, daß dem Arbeitnehmer ein Unterkommen zu ähnlichen Bedingungen bei einem rechtmäßig handelnden Arbeitgeber möglich gewesen wäre.

Das mit dieser Überlegung aufgeworfene Problem, welche Bedeutung hypothetischen Schadensursachen, hier dem rechtmäßigen Arbeitsplatzwechsel, zukommt, hat bis heute noch keine allgemein anerkannte, abschließende Lösung gefunden.¹⁾ Man wird jedoch im Anschluß an LARENZ²⁾ folgenden Erwägungen folgen können:

Es lassen sich zwei Arten von Schäden unterscheiden. Die erste Art betrifft die sogenannten unmittelbaren Schäden, die wenigstens theoretisch exakt durch den Vergleich zweier realer Größen ermittelt werden können, nämlich aus dem Vergleich der Vermögenslagen des Geschädigten unmittelbar vor und nach dem schädigenden Ereignis.

1) Vgl. die Darstellung bei LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts Band I, Allgemeiner Teil, 4. Auflage München und Berlin 1960 S. 135 ff; vgl. ferner BAG NJW 59, 908 (Metallarbeiterstreik) = BAGE 6, 321; RGZ 149, 114 und BGH NJW 61, 1308 ff/1309, je einen Abwerbungsfall betreffend.

2) Lehrbuch, Band I. aaO., S. 138.

Die zweite Art umfaßt die sogenannten mittelbaren oder Folgeschäden. Diese können ihrem Wesen nach nur aus einem Vergleich der realen Vermögenslage, wie sie sich infolge des schädigenden Ereignisses tatsächlich entwickelt hat bzw. noch entwickeln wird, mit der hypothetischen Vermögenslage ermittelt werden, wie sie sich ohne das schädigende Ereignis entwickelt hätte. Es ist selbstverständlich, daß hypothetische Geschehensabläufe nur unter Berücksichtigung hypothetischer Ursachen und Ereignisse bestimmt werden können. Daraus folgt, daß jedenfalls bei Schäden der zweiten Art hypothetische Schadensursachen berücksichtigungsfähig sind. Wird beispielsweise ein Taxi beschädigt, so dienen die erforderlichen Reparaturen der Beseitigung von Schäden der ersten Art; Schäden der zweiten Art sind alle Nachteile, die - wie der entgangene Gewinn - daher rühren, daß der Geschädigte das Fahrzeug bis zum Ende der Reparaturzeit nicht gebrauchen kann. Müßte nun angenommen werden, daß das Fahrzeug wegen Schwierigkeiten in der Benzinversorgung auch dann nicht hätte eingesetzt werden können, wenn es nicht beschädigt worden wäre, so brauchte der Verdienstausschlag nicht erstattet zu werden.

Das Beschäftigungsverbot dient der Verhütung von Schäden, die nicht unmittelbar durch die Abwerbung, sondern mittelbar in deren Folge aus einer Tätigkeit des Abgeworbenen entstehen können. Sie werden ermittelt aus einem Vergleich mit der nur hypothetisch feststellbaren Lage, in der sich der frühere Arbeitgeber ohne die rechtswidrige Abwerbung befunden hätte. Sie gehören daher zu den mittelbaren Schäden; die hypothetische Schadensursache "rechtmäßiger Arbeitsplatzwechsel" ist somit grundsätzlich berücksichtigungsfähig. Sie hat jedoch nur geringe Bedeutung.

Der Schadenersatzanspruch kann nämlich nur dann entfallen, wenn die hypothetische Ursache, also der rechtmäßige Einsatz des Arbeitnehmers, den gleichen Schaden herbeigeführt hätte.

te. Hieran wird es meist fehlen in Fällen, in denen angenommen werden muß, daß der Arbeitnehmer bei einem anderen Arbeitgeber als dem abwerbenden tätig geworden wäre ¹⁾.

Außerdem sind hypothetische Schadensursachen grundsätzlich nur dann berücksichtigungsfähig, wenn sie mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit eingetreten wären ²⁾. Von diesem Grundsatz enthält lediglich § 252 Satz 2 BGB hinsichtlich des entgangenen Gewinns eine Ausnahme. Nach dieser Bestimmung gilt als entgangen der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit bloßer Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. In dieser Regelung liegt eine Darlegungs- und Beweiserleichterung zugunsten des Geschädigten ³⁾. Der Schädiger kann sich hierauf nicht berufen.

Schon Fälle, in denen der Abwerbende eine momentane Mißstimmung des Arbeitnehmers ausnutzt, diesen zum Arbeitsplatzwechsel ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu veranlassen, zeigen, daß durchaus nicht in allen Fällen mit der erforderlichen Sicherheit angenommen werden kann, der vertragsbrüchige Arbeitnehmer hätte seinen Arbeitsplatz ohnehin gewechselt. Auch kann daraus, daß ein Arbeitnehmer auf Drängen eines Abwerbenden sein bisheriges Arbeitsverhältnis gelöst hat, noch keineswegs geschlossen werden, daß dieser Schritt auch ohne jenes Drängen erfolgt wäre. Es müssen vielmehr Anhaltspunkte gegeben sein, daß der Arbeitnehmer wirklich auch ohne die Abwerbung gekündigt hätte. Das wird zu bejahen sein, wenn sich der Arbeitnehmer bereits früher ernsthaft um einen anderen Arbeitsplatz bemüht hat.

1) BGH NJW 61, 1308 ff/1309

2) BGH NJW 61, 1308 ff/1309; BAG NJW 59, 908 ff (910; Metallarbeiterstreik); vgl. auch LARENZ, Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadenersatzrecht, NJW 59, 865 f (866).

3) Jetzt herrschende Meinung, vgl. Palandt-DANCKELMANN aaO., § 252 BGB Anm. 3a; BGHZ 29, 393 ff (397 f).

e) Beschäftigungsverbot und Beschäftigungsanspruch.

In Einzelfällen normiert das Gesetz eine Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nicht nur zu bezahlen, sondern ihn auch tatsächlich in der vertraglich vorgesehenen Weise zu beschäftigen¹⁾. Über diese Fälle hinaus anerkennt die h.M. einen Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf tatsächliche Beschäftigung, soweit der Arbeitnehmer an dieser ein begründetes Interesse hat²⁾.

Dieser Beschäftigungsanspruch kann mit dem oben erörterten Beschäftigungsverbot³⁾ kollidieren, durch das dem neuen Arbeitgeber untersagt wird, den abgeworbenen Arbeitnehmer zu beschäftigen.

Ist das Beschäftigungsverbot sachlich und örtlich beschränkt⁴⁾, so bleiben regelmäßig noch ausreichend Möglichkeiten zu einer vertragsmäßigen Beschäftigung des Arbeitnehmers. Wird beispielsweise einem großen Handelsunternehmen mit zahlreichen Filialen verboten, einen abgeworbener Handlungsgehilfen "im

1) Für Lehrverhältnisse § 76 Abs. 2 HGB, § 22 Handwerksordnung, § 127 GewO; vgl. ferner § 9 Abs. 3 Mutterschutzgesetz (vgl. hierzu SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 241). § 124 GewO kann in diesem Zusammenhang nicht angeführt werden, da diese Bestimmung dem Akkordarbeiter nur ein Recht zur fristlosen Kündigung gibt, wenn der Arbeitgeber nicht für entsprechende Beschäftigung sorgt.

2) HUECK-Nipperdey aaO., S. 347 ff (mit Rechtsprechungsnachweisen); SCHNORR VON CAROLSFELD, Arbeitsrecht aaO., S. 241; NIKISCH, Arbeitsrecht aaO., S. 436 ff; GRUB, AR-Blattei Beschäftigungspflicht; LAG Stuttgart, AR-Blattei Beschäftigungspflicht, Entscheidung 1. Der Beschäftigungsanspruch war lange lebhaft umstritten. Er wird heute beispielsweise noch geleugnet von Palandt-GRAMM aaO., § 611 BGB Anm. 3 e).

3) S. 140 ff.

4) S. 142 ff.

Bereich der Filiale A in einer Weise einzusetzen, in der der Abgeworbene mit Kunden in Berührung kommt", so stehen an Einsatzmöglichkeiten offen einmal der Innendienst in der Filiale A und dann der Innen- und Außendienst in allen anderen Filialen. In diesen Fällen stellt sich das Problem nicht mit derselben Schärfe wie in Fällen der Kollision zwischen Beschäftigungsanspruch und unbeschränktem, wenn auch befristetem Beschäftigungsverbot. Wird einem Unternehmer mit nur einer Niederlassung beispielsweise auf die Dauer von zwei Jahren unter sagt, einen der Konkurrenz abgeworbenen Prokuristen im Bereich seiner einzigen Niederlassung einzusetzen, so bleibt praktisch keine Möglichkeit, den Beschäftigungsanspruch des Prokuristen zu erfüllen und dem Arbeitnehmer eine Wirkungsmöglichkeit zu geben.

Dieser Widerstreit hat in ständiger Rechtsprechung ohne weitere Ausführungen und Begründungen seine Lösung zu Gunsten des Beschäftigungsverbot¹⁾ gefunden. Dem ist zuzustimmen; denn der Beschäftigungsanspruch findet seine Grenze dort, wo überwiegende Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen²⁾. Das ist hier der Fall; dem Arbeitgeber drohen nämlich für jede Zuwiderhandlung gegen ein gerichtliches Beschäftigungsverbot gemäß § 890 ZPO Haftstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe in unbeschränkter Höhe. Bei dieser Sach- und Rechtslage ist eine Beschäftigung dem Arbeitgeber schlechterdings unzumutbar.

1) OLG Celle DB 60, 295 unter Berufung auf BGHZ 8, 45 und BAG AP § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 2 (beide Entscheidungen betrafen keinen Abwerbungsfall); GRUB, Abwerbung von Arbeitskräften, Übersicht C III 2 b in AR-Blattei; vgl. BGH NJW 61, 1308 ff/1310.

2) Wie S. 149 FN 2).

2.) Im Wege des Unterlassungsanspruchs.

In den bisherigen Ausführungen wurde das Beschäftigungsverbot in Übereinstimmung mit der überwiegenden Meinung ¹⁾ aus dem Schadenersatzanspruch hergeleitet. Es fragt sich aber, ob es nicht auch im Wege der beseitigenden Unterlassungsklage erreicht werden kann.

Wie oben ausgeführt wurde, kann ein Beschäftigungsverbot nur dann auf den Schadenersatzanspruch gegründet werden, wenn die Tätigkeit des Arbeitnehmers für den Abwerbenden dem früheren Arbeitgeber neuen, zusätzlichen Schaden bringen würde. In diesen Fällen stellt sich aber der durch die Abwerbung und die durch sie ermöglichte Beschäftigung des Arbeitnehmers geschaffene Zustand als Quelle laufend neuer Schäden dar. Jeder Kundenbesuch, den der Arbeitnehmer für den neuen Arbeitgeber im Kundenkreis des früheren Arbeitgebers unternimmt, kann letzterem weitere Aufträge kosten und den Schaden erhöhen.

Das Beschäftigungsverbot zielt also nicht auf die Beseitigung bereits eingetretener, sondern auf die Verhütung künftiger Schäden. Das ist aber gerade Gegenstand und Aufgabe des Beseitigungsanspruchs. Man wird daher die gestellte Frage zu bejahen haben und ein Beschäftigungsverbot auch auf der Grundlage des Unterlassungsanspruchs aussprechen können ²⁾.

1) RG GRUR 34, 608 ff (615); OLG Celle DB 60, 295; GÜTEBIER aaO., GRUR 38, 954 ff (956); ZITZLAFF aaO., BB 51, 674 (unter II.); GRUB, Abwerbung von Arbeitskräften, Übersicht C III 1 b in AR-Blattei.

2) So andeutungsweise RGZ 81, 86 ff (92); CALLMANN aaO., § 1 UWG RN 92; HANS aaO., S. 75 (der Beschäftigungsverbot in sehr weitem Umfang zulassen will); ROSENTHAL aaO., § 1 UWG RN 86 in Verbindung mit S. 25; a.A. ohne Begründung GRUB, Abwerbung von Arbeitskräften, Übersicht C III 2 b (am Ende) in AR-Blattei.

II.) Verwertungsverbote.

Im Rahmen der Prüfung, ob und inwieweit der geschädigte Arbeitgeber den abwerbenden an der Nutzung der durch die rechtswidrige Abwerbung erlangten Vorteile hindern kann, wurde bisher untersucht, ob eine Beschäftigung des Abgeworbenen verboten werden kann. Die Tätigkeit des Abgeworbenen ist aber nicht der einzig mögliche Vorteil aus einer Abwerbung. In Betracht kommen noch andere, insbesondere die Verwertung des durch den Arbeitnehmer erlangten Wissens um Geheimnisse. Zu denken wäre an Kundenlisten, besonders günstige Einkaufs- und Absatzmöglichkeiten, an Produktionsverfahren und ähnliches. Selbst das Verbot jeglicher Beschäftigung des Abgeworbenen könnte den neuen Arbeitgeber nicht hindern, dieses Wissen zum Nachteil des geschädigten Arbeitgebers zu verwerten. Soweit es zur Abwendung der dem Betroffenen hieraus drohenden Nachteile erforderlich ist, kann dem Abwerbenden die Verwertung der sich ihm aus der Abwerbung bietenden Möglichkeiten aufgrund des Schadenersatz- und des Unterlassungsanspruchs verboten werden ¹⁾. Für derartige Verwertungsverbote sind sinngemäß dieselben Erwägungen maßgebend, die Voraussetzungen, Umfang und Dauer eines Beschäftigungsverbotes bestimmen. Auf die Ausführungen hierzu darf verwiesen werden ²⁾.

D) Der Anspruch auf Schadenersatz in Geld.

I.) Der Anspruch und die ersatzfähigen Schäden.

Ohne rechtswidrige Abwerbung wäre der Abgeworbene noch für den früheren Arbeitgeber tätig. Die Wiederherstellung dieses Zu-

1) HANS aaO., S. 78; NASTELSKI aaO., GRUR 57, 1 ff
(4 unter IV 2 a).

2) Vgl. oben, S. 142 ff.

standes ist gegen den Willen des Arbeitnehmers nicht möglich. Gemäß § 251 Abs. 1 BGB ist daher der Schadenersatzanspruch nach § 1 UWG, §§ 823 Abs. 1, 826 BGB auf Ausgleich der Schäden in Geld gerichtet. Ersatzfähig sind alle Nachteile, für die die Abwerbung adäquat kausal ist.

Als solche kommen in Betracht Belastungen, die der Ausfall der abgeworbenen Arbeitskraft mit sich bringt. Hierher gehören etwa Vertragsstrafen und Schadenersatzzahlungen für verzögerte Auftragsabwicklung, entgangener Gewinn aus stornierten Aufträgen, innerbetriebliche Verwaltungskosten, Überstundenzuschläge, die anderen Belegschaftsmitgliedern zur Schließung der Arbeitslücke gezahlt werden müssen, und ähnliches.

Ersatzfähig sind ferner Aufwendungen, die für die Gewinnung von Ersatzkräften gemacht werden müssen, etwa Ausgaben für Inserate ¹⁾, Reise- und Umzugskosten. Bedeutsam ist ferner das Ersatzkräften zu zahlende Mehrentgelt ²⁾. Auch die Kosten der Wohnraumbeschaffung wird man hierher zu rechnen haben, da heute tüchtige Mitarbeiter ohne Wohnungsangebote kaum gewonnen werden können. Schließlich sind Aufwendungen für die Ausbildung und Einarbeitung des neuen Mitarbeiters zu nennen.

Ersatzfähig sind ferner jene Nachteile, die sich aus dem Verlust von Kunden, Unternehmensgeheimnissen und ähnlichem ergeben ³⁾.

1) Das LAG Hamm (BB 54, 534) beispielsweise sprach 2.800.- DM Kosten für Inserate zur Gewinnung einer Führungskraft zu. Das ArbG Bielefeld (BB 57, 257) hielt die eingeklagten 240.- DM Inseratkosten für ersatzfähig.

2) Vgl. LAG Stuttgart BB 58, 40 (Nr. 92)

3) Vgl. zu allen Schadenspositionen HANS aaO., S. 76 f.

II.) Berechnung und Beweis.

Verschiedene Schadenspositionen, etwa Vertragsstrafen, sonstige Schadenersatzleistungen gegenüber Kunden, Mehrbelastungen aus Überstundenzuschlägen, Kosten für Inserate, Reisen und Umzüge der Ersatzkräfte, sind meist auch der Höhe nach ohne weiteres oder in großzügiger Anwendung des § 287 ZPO feststellbar ¹⁾. Gleiches gilt für den entgangenen Gewinn aus stornierten oder solchen Aufträgen, deren Annahme wegen Kräfter Mangels nicht mehr möglich war.

In anderen Fällen bereiten Berechnung und Beweis der Schäden aber so erhebliche Schwierigkeiten, daß Schadenersatzansprüche für nicht realisierbar gehalten werden ^{2) 3)}.

So schlagen sich meist alle innerbetrieblich entstehenden Kosten der Auswechslung eines Arbeitnehmers ununterschieden in den allgemeinen Geschäftsunkosten nieder. Die sich hieraus ergebenden Probleme sind aber nicht unlösbar. Die zahlreichen Abhandlungen über die Kosten der Fluktuation ⁴⁾ zeigen vielmehr, daß die Betriebswirtschaft durchaus in der Lage ist, derartige Kosten zu ermitteln. Legt der geschädigte Arbeitgeber dar, daß ihm solche Kosten entstanden sind, und beziffert er sie einigermaßen vernünftig, so haben die Parteien die Möglichkeit, sich über die Schadenshöhe zu verständigen oder ein

1) Vgl. Baumbach-HEFERMEHL, Einleitung zum UWG, aaO., RN 212.

2) TETZNER aaO., § 1 UWG RN 147; GUMPERT aaO., BB 55, 964 ff (1966 unter C III 2 und 967 unter D II).

3) In der teilweisen Ausfüllung dieser Lücke liegt für einen beschränkten Anwendungsbereich die Bedeutung des § 124 b GewO; vgl. hierzu oben, S. 6.

4) Man vergleiche nur die Abhandlungen in Der Arbeitgeber 1959 von BOTHE (Umfang und Kosten der Fluktuation, S. 256), BIFFAR (Die Kosten der Fluktuation, S. 293), anonym (Folgen der Fluktuation für die Betriebe, S. 377), BRAUN (Kosten der Fluktuation in Großbritannien, S. 592), SCHWENNICKE (Zur Fluktuation der Arbeitskräfte, S. 616). Vgl. auch oben, S. 2/3.

- nicht billiges - betriebswirtschaftliches Gutachten mit dem entsprechenden Kostenrisiko für den unterliegenden Teil erholen zu lassen. In einfachen Fällen wird das Gericht gemäß § 287 ZPO auch ohne Gutachten auskommen können.

Ebenso eine betriebswirtschaftliche Frage ist die Bewertung verloren gegangener Unternehmensgeheimnisse. Hinter diesem Begriff verbirgt sich zu vielerlei, als daß an dieser Stelle irgendwelche Anhaltspunkte zur Bezifferung des Schadens gegeben werden könnten. Lediglich ein Beispiel sei angeführt: Besteht das Geschäftsgeheimnis in der Kenntnis einer besonders günstigen Einkaufsquelle für Rohstoffe, so wird sich die Bewertung des Verlustes dieses Geheimnisses an dem nun auch dem Konkurrenten zuteil gewordenen Kostenvorteil orientieren können.

Der Ermittlung von Schäden aus dem Verlust der vom Abgeworbenen mitgenommenen Kunden kann der Anspruch auf Auskunft über die vom neuen Arbeitgeber mit diesen getätigten Geschäftsabschlüsse dienen ¹⁾.

Insgesamt gesehen stehen der Bezifferung und Beweisbarkeit von Schäden zwar oft erhebliche Schwierigkeiten gegenüber; sie sind jedoch häufig nicht unüberwindlich, zumal die Rechtsprechung zu Recht wiederholt recht großzügig in der Zuerkennung eines Ersatzes für schwer nachweisbare Schäden war ²⁾.

1) RG GRUR 36, 994 ff (999 in Verbindung mit 995);
RG MuW 40, 67 f; vgl. allgemein zu Auskunftsansprüchen
TETZNER aaO., Vorbemerkung zum UWG RN 46.

2) So stellt das RG GRUR 36, 627 (= RGZ 149, 114) an den Nachweis der Kausalität der Abwerbung für den Verlust von Kunden sehr geringe Anforderungen. Das LG Bielefeld (BB 60, 556) sprach allem Anschein nach ziemlich pauschal 1000.- DM Schadenersatz für die Abwerbung dreier Mitarbeiter zu. Einzelheiten können dieser Veröffentlichung allerdings nicht entnommen werden.

III.) Der Zeitraum, für den Schadenersatz verlangt werden kann.

Einige der in Betracht kommenden Schäden können über Jahre hinaus immer wieder entstehen und den Gesamtschaden vergrößern. So ist das einer Ersatzkraft gewährte Mehrentgelt solange zu zahlen, wie diese im Betrieb des geschädigten Arbeitgebers tätig ist. Auch jedes Geschäft, das ein vom Abgeworbenen mitgenommener Kunde entgegen seiner früheren Gewohnheit nicht mehr mit dem geschädigten Arbeitgeber abschließt, erhöht dessen Schaden. Es liegt auf der Hand, daß für derartige Schäden nicht unbegrenzt Ersatz geleistet werden muß ¹⁾. Fraglich ist lediglich, wie sich eine vernünftige Beschränkung der Leistungspflicht finden läßt.

HANS ²⁾ hält den Zeitpunkt einer hypothetischen Kündigung des Arbeitnehmers für die geeignete Grenze. Ein solcher läßt sich aber meist nicht ermitteln; denn niemand kann sagen, ein Arbeitnehmer hätte nach zwei Monaten oder nach zwei Jahren gekündigt. Der von HANS vorgeschlagene Weg erscheint daher nicht gangbar.

Die Lösung kann nur aufgrund allgemeiner Erwägungen aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gewonnen werden ³⁾.

Unter diesem Blickpunkt wird man den Schädiger für das der Ersatzkraft zu zahlende Mehrentgelt nur bis zu dem Zeitpunkt aufkommen lassen, zu dem es dem Geschädigten möglich gewesen wäre, einen dem Abgeworbenen gleichwertigen Mitarbeiter zu den

1) Vgl. HANS aaO., S. 77.

2) aaO., S. 77.

3) Vgl. Palandt-DANCKELMANN aaO., § 242 BGB Anm. 4 c.

letzterem gewährten Bedingungen einzustellen ¹⁾. Gegebenenfalls wird das Arbeitsamt darüber Auskunft geben können, wie lange die Vermittlung eines entsprechenden Arbeitnehmers normalerweise dauert. War das dem Abgeworbenen gewährte Entgelt so niedrig, daß zu diesen Bedingungen ein anderer Arbeitnehmer praktisch nicht gewonnen werden kann, so ist davon auszugehen, daß der Abgeworbene bald entsprechende Lohnforderungen gestellt und im Falle ihrer Ablehnung gekündigt hätte. Mit diesem Zeitpunkt wird man in solchen Fällen die Pflicht zum Ersatz des Mehrentgelts enden lassen können. In Ermangelung anderweitiger Anhaltspunkte wird man als maßgeblichen Zeitpunkt für die hypothetische Lohnforderung im Einzelfall den zu wählen haben, zu dem andere Arbeitnehmer in vergleichbaren Stellungen solche anmelden.

Ebenso in Anwendung des allgemeinen Rechtsgedankens des § 242 BGB wird man die Pflicht, Nachteile aus dem Verlust eines Kunden zu ersetzen, dann auslaufen lassen, wenn der betroffene Arbeitgeber durch Einarbeitung einer Ersatzkraft oder durch Umorganisation die durch die Abwerbung gerissene Personallücke wieder geschlossen und hinreichend Gelegenheit gehabt hat, den Kunden zurückzugewinnen.

Keine der genannten Dauerverpflichtungen endet aber vor der rechtlichen Beendigung des zwischen dem Abgeworbenen und dem durch die Abwerbung betroffenen Arbeitgeber geschlossenen Arbeitsvertrages.

1) Dieses Ergebnis folgt nicht aus einer schuldhaften Verletzung der Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs.2 Satz 1 BGB; denn es kann nicht verlangt werden, daß der Arbeitgeber die eben erst eingearbeitete Kraft wieder entläßt, sobald ein anderer Arbeitnehmer mit geringeren Forderungen eingestellt werden könnte.

E) Einstweilige Verfügungen.

Alle genannten Ansprüche sind vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Die lange Dauer der Prozesse legt die Prüfung nahe, ob und wieweit einstweilige Verfügungen gemäß §§ 935, 940 ZPO, § 25 UWG zum Schutze der Interessen des betroffenen Arbeitgebers ergehen können.

Hinsichtlich des Anspruchs auf Unterlassung der Abwerbung ist die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen allgemein anerkannt ¹⁾. Hinsichtlich des Anspruchs auf Schadenersatz in Geld besteht im allgemeinen kein Bedürfnis für eine vorläufige Regelung. Zu erörtern bleibt somit lediglich die umstrittene Frage, ob Beschäftigungs- und Verwertungsverbote durch einstweilige Verfügungen ausgesprochen werden können ²⁾.

Hiergegen könnte einmal sprechen, daß derartige Verbote zu einer dem Sicherungszweck einstweiliger Verfügungen widersprechenden teilweisen Befriedigung möglicher Ansprüche des Antragstellers führen würden. Zum anderen könnten sich Bedenken daraus ergeben, daß das pauschale Verfahren bei Erlaß einstweiliger Verfügungen der Schwere des Eingriffs in berechnigte Interessen der Arbeitnehmer an ungehinderter Verwertung ihrer Arbeitskraft nicht gerecht werde.

Das durch den ersten Einwand aufgeworfene Problem hat seine anerkannte Lösung dahin gefunden, daß einstweilige Verfügungen Ansprüche befriedigen dürfen, soweit dies der Verfügungszweck erfordert und soweit nicht gewichtigere Interessen anderer

1) Vgl. Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, Broschüre aaO., S. 33; JAERISCH aaO., Neue Wirtschaftsbriefe Fach 26, S. 317 ff.

2) Bejahend: LG Arnsberg BB 56, 42 (Nr. 61 unter 2.); Essling aaO., DB 55, 1188 (unter II/2); HANS aaO., S. 78; LG in der Wiedergabe durch OLG Hamburg WRP 55, 133; Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände wie FN 1). Verneinend OLG Celle DB 60, 295 mit weiteren Angaben; vgl. OLG Wien MuW 31, 463.

entgegenstehen ¹⁾. Daß dieses Ergebnis richtig ist, zeigt § 25 UWG. In dieser Bestimmung ist ausdrücklich gesagt, daß Ansprüche auf Unterlassung aufgrund des UWG im Wege der einstweiligen Verfügung, sogar unter erleichterten Voraussetzungen, verfolgt werden können. Über derartige Ansprüche ergehende einstweilige Verfügungen werden aber der Natur der Unterlassungsansprüche entsprechend in den meisten Fällen nicht nur eine Sicherung, sondern eine Befriedigung zur Folge haben.

Der Ausspruch der vom früheren Arbeitgeber begehrten Verbote wird vielfach keinen Aufschub vertragen, sollen nicht die Verbote durch Eintritt der Schäden, deren Verhinderung sie dienen sollen, sinnlos werden. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn man eine Werbung des Abgeworbenen zugunsten seines neuen im Kundenkreis des früheren Arbeitgebers bis zum Abschluß des Hauptsacheverfahrens und damit in einer Zeit zuließe, in der der frühere Arbeitgeber in diesem Kundenkreis noch nicht wieder ausreichend vertreten ist.

Das erste der genannten Bedenken steht somit der Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen des fraglichen Inhalts nicht entgegen. Es bedarf aber stets einer Abwägung der entgegengesetzten Interessen an einer vorläufigen Regelung bzw. an ihrer Ablehnung. In diesem Zusammenhang sind etwa von Bedeutung das Ausmaß der drohenden Schäden auf Seiten des Antragstellers und die Schwere des Verstoßes gegen die Rechtsordnung auf Seiten des Antragsgegners und möglicherweise auch des Arbeitnehmers ²⁾. In dieser Interessenabwägung ist auch der Standort des oben

1) Vgl. Stein-Jonas-Schönke-POHLE, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band II, 17. Auflage mit Ergänzungslieferungen, Tübingen 1956, IV vor § 916 ZPO; ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Auflage Berlin und München 1960, S. 1104. Das Hauptbeispiel sind Unterhaltsansprüche. Vgl. auch OLG Celle DB 60, 295 (für Beschäftigungsverbot).

2) Vgl. SPENGLER aaO., S. 17 ff.

erwähnten zweiten Einwandes ¹⁾. Die Interessen des Arbeitnehmers vermögen materiell-rechtlich ein Beschäftigungsverbot oder dergleichen nicht zu hindern. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb ihnen verfahrensrechtlich eine solche Wirkung zukommen sollte. Es ist vielmehr dem OLG Celle ²⁾ zu folgen, wenn es ausführt, daß alles auf den Einzelfall ankomme. Zieht man die Möglichkeit sachlich und örtlich beschränkter Verbote in Betracht, wird man jedoch eher zum Erlaß einer einstweiligen Verfügung bereit sein als das OLG Celle, das dieser Möglichkeit - soweit ersichtlich - keinen Gedanken gewidmet hat.

1) Vgl. oben, S. 158.

2) DB 60, 295.

S c h l u ß b e m e r k u n g e n .

In den vorstehenden Kapiteln wurden die wichtigsten rechtlichen Fragen erörtert, die die Abwerbung von Arbeitskräften aufwirft. Eine erschöpfende Behandlung ist schon wegen der Vielfalt möglicher Fallgestaltungen ¹⁾ ausgeschlossen.

Bei Lösung der Einzelfragen war das Bestreben maßgebend, in Anwendung der §§ 823 Abs. 1, 826 BGB, § 1 UWG naheliegende subjektive Wertungen ²⁾ zu vermeiden und statt dessen auf die objektive Interessenlage abzustellen. Das brachte notwendigerweise eine sehr erwünschte enge Verbindung wettbewerblicher und arbeitsrechtlicher Gedankengänge mit sich, wie sie allein dem Dreiecksverhältnis zwischen den beteiligten Arbeitgebern und dem Arbeitnehmer gerecht werden kann ³⁾.

Vielfach gelang es, komplizierte Probleme auf das zwar nicht weniger schwierige, aber doch mehr geklärte Problem zurückzuführen, ob sich die Abwerbung als Verleitung zur Verletzung einer wesentlichen Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis darstellt.

-
- 1) Man denke beispielsweise an Fälle, in denen ein Arbeitnehmer bei noch bestehendem Arbeitsverhältnis seinem Arbeitgeber Mitarbeiter abwirbt, sei es im Interesse eines eigenen, neu zu gründenden Unternehmens, sei es zu Gunsten eines Dritten; vgl. hierzu Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung LAG Bremen (1956, S. 76 Nr. 162), LAG Kiel (1956 S. 76 Nr. 163), LAG Düsseldorf (1957, S. 92 Nr. 160), LAG Mannheim (1954, S. 146 Nr. 248) und ArbG Essen (1959 S. 14 Nr. 33); man denke weiter an den erst kürzlich vom BGH (NJW 61, 1308 ff) entschiedenen Fall: Zwei Wettbewerber stehen in Verhandlungen zur Anbahnung eines Gesellschaftsverhältnisses. Der eine wirbt dem anderen unter Ausnutzung dieser Vertragsverhandlungen wichtige Spezialisten ab.
 - 2) Man denke an das "Anstandsgefühl", das nach allgemeiner Meinung über das Vorliegen eines Sittenverstößes entscheiden soll; vgl. oben, S. 17.
 - 3) Demgegenüber betont HANS (aaO., S. 17) die Notwendigkeit, eine Verquickung beider Rechtsgebiete zu vermeiden.

Die Ausführungen in den vorstehenden Kapiteln haben gezeigt, daß in vielen Fällen der Abwerbung und ihren Folgen rein rechtlich durchaus begegnet werden kann. Sie haben aber ebenso deutlich gemacht, daß die Interessen des ehemaligen Arbeitgebers in den zahlreichen Fällen rechtmäßiger Abwerbung ohne durchgreifenden Schutz bleiben. Selbst in Fällen rechtswidriger Abwerbung kann der Arbeitgeber sein primäres Interesse, den Arbeitnehmer zurückzugewinnen, nicht durchsetzen.

Es muß daher Sache der Arbeitgeber sein, selbst für die Wahrung ihrer Belange zu sorgen. Hierfür bieten sich die verschiedensten rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten ¹⁾.

In rechtlicher Hinsicht kommen einmal aufgrund der Erkenntnis, daß Verleitung zum Vertragsbruch regelmäßig sittenwidrig ist, in Betracht entsprechende Gestaltungen der Arbeitsverträge mit langen Kündigungsfristen, Wettbewerbs- und Verschwiegenheitsklauseln und dergleichen mehr.

Dann wäre an "Nicht-Abwerbungsverträge" mit anderen Arbeitgebern zu denken, gegen deren Gültigkeit keine Bedenken bestehen ²⁾.

Mehr auf tatsächlicher Ebene liegen die "modernen Gefolgschaftsfesseln" wie Werkswohnungen, Gewinnbeteiligungen, Treuprämien und Altersversorgung für langjährige Belegschaftsmit-

1) Vgl. HANS aaO., S. 97; WEBER, Sicherungsmaßnahmen der Arbeitgeber gegen Abwerbung von Arbeitskräften, Der Arbeitgeber 57, 426; DIRKS aaO., DB 55, 1046 f; GUMPERT aaO., BB 55, 964 ff; ESSLING aaO., DB 55, 1188 ff (1190 unter III).

2) Kartellrechtliche Bedenken bestehen nicht, da das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.57 (BGBl. I, 1081) Rechtsbeziehungen zu Arbeitnehmern nicht erfaßt; vgl. Stellungnahme des Bundeswirtschaftsministeriums in WuW 57, 135. Anderes mag gelten, wenn Arbeitgeber vereinbaren, bei Vertragspartnern ausgeschiedene Arbeitnehmer nicht einzustellen; vgl. § 75 f HGB.

glieder. Große Bedeutung haben ferner Betriebsklima und ähnliche Faktoren.

Schließlich haben die Wirtschaftsverbände, insbesondere die Arbeitgebervereinigungen, hinreichende Einwirkungsmöglichkeiten auf ihre Mitglieder ¹⁾.

1) Vgl. GUMPERT aaO., BB 55, 964 ff (967 unter E). Über Erfolge auf diesem Gebiet berichtet der Arbeitgeberverband Hamburg e.V. laut Industriekurier vom 8.11.60 S. 4.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 24. Mai 1936 in Erlangen geboren. Meine Eltern sind der 1945 in tschechischer Internierung verstorbene Prof. Dr. phil. Bernhard G u d d e n und seine Ehefrau Clara, geb. Bohnert. Ich habe fünf Geschwister. Mein Vater war o.ö. Universitätsprofessor für Experimentalphysik an der Universität Erlangen und seit 1939 an der Deutschen Karls-Universität und Technischen Hochschule in Prag.

Die Volksschule besuchte ich in Erlangen und von 1943 bis 1945 in Prag. Nach der Flucht trat ich 1946 in das humanistische Gymnasium Fridericianum in Erlangen ein, das ich am 15. Juli 1953 mit dem Reifezeugnis verließ.

Anschließend studierte ich in Erlangen und Heidelberg Jurisprudenz. Am 15. Juli 1957 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung. Es folgte ein betriebswirtschaftliches Semester an der Freien Universität Berlin.

Seit dem 1. März 1958 stehe ich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst.

